



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA VICTORIA MOZO FONSECA
DEMANDADO: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-023-2021-00611-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. YESSICA PAOLA COLLAZOS RUBIO, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA VICTORIA MOZO FONSECA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado a la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.; que como consecuencia se ordene a PORVENIR S.A. a devolver con destino a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados; ordenar a COLPENSIONES a recibir a la actora sin solución de continuidad; lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo afiliada al RPMPD desde el 01 de octubre de 1995 hasta el 02 de mayo de 1999; que se trasladó a PORVENIR S.A. el 08 de junio de 1999; que PORVENIR S.A. no le suministró la asesoría completa, clara, suficiente y oportuna; que fue afiliada a ING, hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de septiembre de 2001; que el 02 de mayo de 2006 se afilió a PORVENIR S.A.; que mediante escrito del 06 de septiembre de 2001 solicitó ante COLPENSIONES el retorno al RPMPD, pero le fue negada a través de respuesta del 5 de octubre de 2021; que el 06 de septiembre de 2021 solicitó a PROTECCIÓN S.A. la anulación de la afiliación, siéndole negada a través de respuesta del 23 de septiembre de 2021; que el 02 de septiembre de 2021 solicitó ante PORVENIR S.A. la anulación de la afiliación, el cual fue negada a través de respuesta del 24 de septiembre de 2021. (fols. 2 a 17 archivo No 01).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 3 a 4 archivo "formato notificaciones"); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones, señalando para tal efecto que la demandante se afilió al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen; que no obra en el expediente acervo probatorio tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de la afiliación que llegue a invalidar la misma; que se evidencia negligencia de la demandante con respecto a consultar su situación pensional; que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de retorno al RPMPD; que el traslado de régimen afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Como excepciones de mérito propuso las 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, sugerir juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica. (Fols. 2 a 17 archivo "contestación Colpensiones).

3.2 PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que las mismas están dirigidas a una persona jurídica diferente a la demandada, aunado a que, el traslado es un acto jurídico existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el acto de traslado se realizó en forma libre y espontánea, solemnizado a través del formulario de vinculación; que la actora pretende la ineficacia soportada en sus expectativas económicas respecto de la mesada pensional y no por vicios del consentimiento. Como excepciones de fondo rotuló las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a Porvenir S.A. y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 19 archivo "contestación Protección)

3.3 PORVENIR S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que la vinculación se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales; que se le garantizó el derecho al retracto; que de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, procede la ineficacia cuando se atente dolosamente contra la afiliación, el cual no se acredita por la actora; que el formulario de afiliación es un documento que se presume auténtico; que de conformidad con la Superintendencia Financiera solo procede la devolución de los aportes y rendimientos, sin que sea procedente la devolución de comisiones y gastos de administración. (fols. 2 a 25 archivo "contestación López Asociados)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de abril de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y en consecuencia declarar como afiliación válida la del RPMPD; condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, sin posibilidad de efectuar descuento alguno por administración ni por otro concepto, dineros que deberán devolverse de manera indexada; condenó a

PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, con los rendimientos que se hubieren causado, sin posibilidad de efectuar descuentos por administración ni por cualquier otro concepto, dineros que deben devolverse de manera indexada; declaró que la demandante se encuentra afiliada al RPMDF sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y finalmente condenó en costas a cargo de Porvenir S.A..

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias que sobre el tema ha proferido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras la SL31989 de 2008, SL4989 de 2018 y la SL1452 de 2019, señalando para tal efecto que el traslado se ve afectado cuando este no se realiza de manera informada; que le corresponde a la AFP demostrar las circunstancias bajo las que se dio el traslado de régimen para que su consentimiento se pueda considerar informado; que no se logró acreditar que la AFP PORVENIR S.A. haya brindado la información suficiente y necesaria a la demandante; que el formulario acredita a lo sumo un consentimiento pero no informado, no es suficiente; que no es necesario que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición; que no se puede acreditar que la demandante hubiese recibido una asesoría completa; que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, por lo que se afectan los traslados horizontales realizados por la actora; que las AFP privadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., debe trasladar aportes, cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses, sin deducción alguna por gastos de administración, debidamente indexados. Y finalmente, que no opera la prescripción sobre la ineficacia del traslado.

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

5.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que no tenía una expectativa legítima, ni era beneficiaria del régimen de transición; que la simple manifestación de la mesada pensional en ambos regímenes no constituye la nulidad o ineficacia del traslado; que existió un desinterés o descuido a cargo de la demandante en su situación pensional.

5.2 PORVENIR S.A.: Interpuso recurso de apelación solicitando sea revocada la decisión de primera instancia, señalando para tal efecto que la demandante manifestó en el interrogatorio que existió una asesoría para el momento del primer y segundo traslado; que el contenido del formulario, se insiste que no es un documento para captar incautos, y se debe tener en cuenta que es un formulario autorizado por la Superintendencia Financiera de Colombia; que corresponde a un documento público que se presume auténtico sin que pueda ser desconocido por el despacho; que para el año de 1999 la información exigida era para quienes estaban afiliados y no para quienes se iban a afiliarse; que el decreto 663 de 1994 establece deberes y cargas a cargo del afiliado; que la demandante omitió sus deberes como consumidora financiera, ya que nunca se acercó a preguntar sobre su historia laboral; que la inversión de la carga de la prueba debe estar establecida en la ley; que la ignorancia de la ley no es excusa; que se tenía un deber, el cual se cumplió, pero no en los alcances que exige el despacho, ya que lo único que se exigía para el momento del traslado era el formulario de afiliación debidamente firmado; que no se puede obligar a la AFP a lo imposible; que hay que tener en cuenta las condiciones particulares de la demandante, una persona profesional con especialización, y era consciente de los actos jurídicos que estaba firmando; que la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 hace relación a actos que impidan la afiliación, en la cual debe acreditarse el dolo; que debe aplicarse la prescripción, ya que los conceptos de gastos de administración no financian la

pensión de vejez; que debe aplicarse la ratificación de la decisión, es decir, si existe nulidad la misma se saneó por el paso del tiempo; que se exigen pruebas sacramentales a cargo de la AFP; que de conformidad con el artículo 20 y 113 de la Ley 100 de 1993, no es procedente el traslado de gastos de administración y primas de seguros previsionales; que la AFP realizó una gestión exitosa y cumplió con la cobertura de los riesgos.

5.3 PROTECCIÓN S.A.: de manera parcial frente a los gastos de administración, ya que bajo el principio de la buena fe administró y generó rendimientos a los aportes; que no existe pérdida a cargo de COLPENSIONES; que no puede desconocerse la naturaleza de los regímenes y la rentabilidad en cada uno de los regímenes; que se impone una carga al sistema general de pensiones.

6. Alegatos de conclusión:

6.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que no se presentó la nulidad de traslado, y que se debe tener en cuenta que la afiliación conlleva a generar obligaciones para ambas partes contratantes, entre las cuales se encuentra la debida diligencia como consumidor financiero; que debe tenerse en cuenta la sentencia SL2810 de 2019 relativa a la afiliación tacita, esto es, cuando se guarda silencio frente a las deficiencias de la afiliación; que de conformidad con la sentencia SL4019 de 2019 y C-086 de 2016, le corresponde a la parte demandante probar los hechos que son de su incumbencia; que debe tenerse en cuenta el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, ya que el traslado acarrea una descapitalización del fondo común.

6.2 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción; que debe tenerse en cuenta el salvamento de voto de la sentencia de tutela con radicado No 5912 del 13 de mayo de 2022.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 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 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 accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (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 y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la 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 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora MARÍA VICTORIA MOZO FONSECA, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 01 de octubre de 1995, con cotizaciones hasta el 02 de mayo de 1999, conforme aparece en la historia laboral (fol. 107 y 109 archivo No 01); que suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A con fecha de 08 de junio de 1999 (fol. 130 archivo No 01); que posteriormente se trasladó a ING, hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de septiembre de 2001 (Pág. 34 archivo contestación Protección), y luego el 02 de mayo de 2006 pasó a PORVENIR S.A. (Fol. 131 archivo No 01), 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 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 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 1999- 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 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.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el 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 pre-impresa 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 orientarla 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 equivocan las 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 circunstancia, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

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 establecidas 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 adocinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante 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, el afiliado 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 solo 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.

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación

Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

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 la actora 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 1999, 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 del 08 de junio de 1999, 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, 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 el 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 adoctrinado, 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).

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 SL2877/20, 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, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem. Adicionalmente, se confirmará que la devolución se realice debidamente indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL1022-2022, sin que ello implique doble pago, pues la actualización o rendimientos a que hace referencia el recurrente es en cuanto a los aportes, y la indexación aquí ordenada es sobre los conceptos de gastos de administración, comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y el concepto de garantía de pensión mínima.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está*

sujeto al principio de non reformatio in pejus”, por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: “...*las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 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.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP 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

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 de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. 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

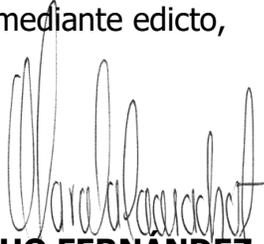
PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO y TERCERO** de la sentencia proferida el 18 de abril del 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la condena impuesta a la AFP PORVENIR S.A., y la AFP PROTECCIÓN S.A. (durante la vigencia de la afiliación en cada AFP) para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, el cual deberá**

asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN 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



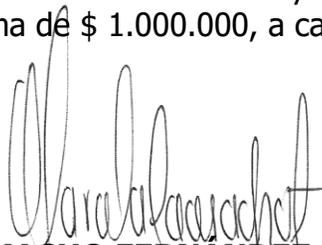
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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 PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



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: *MARTHA CONCEPCIÓN CORREDOR ROJAS*
DEMANDADO: *COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.*
RADICACIÓN: *110013105-039-2021-00543-00*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA*
TEMA: *INEFICACIA TRASLADO*

Bogotá D.C, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. PAOLA ALEJANDRA MORENO VASQUEZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARTHA CONCEPCIÓN CORREDOR ROJAS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante del RPMPD al RAIS; que en consecuencia de lo anterior, se declare que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada al régimen de prima media con prestación definida en cabeza de COLPENSIONES; que se ordene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes, junto con los rendimientos, frutos, intereses y bono pensional su hubiere lugar a ello; lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 08 de diciembre de 1963; que desde el 14 de mayo de 1986 y hasta el 29 de abril de 2004 estuvo afiliada al ISS; que el 24 de noviembre de 2004 se trasladó a COLFONDOS S.A., entidad que no informó de la situación pensional de la demandante en el momento del traslado ni a futuro; que no le brindaron la información suficiente, clara y concisa; que el 01 de octubre de 2021 la AFP Colfondos le informó a la demandante que su pensión a los 58 años sería por un valor de \$908.526 en el RAIS; que en Colpensiones su pensión sería de \$2.747.303; que el 24 de septiembre de 2021 la demandante presentó petición ante Colfondos S.A., pidiendo la nulidad o ineficacia del traslado, la cual, fue negada a través de respuesta del 5 de octubre de 2021; que el 24 de septiembre de 2021 realizó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, recibiendo respuesta negativa el 27 de septiembre de 2021. (fols. 106 a 121 archivo No 03).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 1 a 2 archivo No 09); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones que indicando que en el expediente no obra prueba alguna que demuestre que la demandante fue inducida al error o que se presenten vicios del consentimiento; no se demostró que hubiese notas o anotaciones que reflejaran la inconformidad de la demandante; que la demandante se encuentra fuera del tiempo permitido por la ley 100 de 1993 en su artículo 13. Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, 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 la innominada o genérica (pág. 1 a 38 archivo No 02 contestación).

3.2 COLFONDOS S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que sí brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, asesorándole sobre las características, el funcionamiento, las diferencias entre regímenes, las ventajas y desventajas y la rentabilidad que producen los aportes; que la demandante de su puño y letra suscribió el formulario de vinculación al fondo privado; que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento; que no se puede dejar sin efecto un acto válido. Rotuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica. (p. 1 a 13 archivo No 02 contestación).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de mayo de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS; condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que obran en la cuenta, junto con los rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, sin que le sea dable descontar suma de dinero por seguros de invalidez o sobrevivencia o para la garantía de pensión mínima; ordenó a Colpensiones a que reciba los dineros que traslade Colfondos S.A. y reactive la afiliación sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas. Finalmente, condenó a la AFP Colfondos S.A. a las costas procesales.

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias SL31989 de 2008, SL4964 de 2018, SL1452 de 2019, SL1688 de 2019, SL985 de 2020, SL2611 de 2020, SL3199 de 2021, SL4025 de 2021, SL5680 de 2021, y SL1055 de 2022, señalando que se requiere información objetiva y comparada que garanticen la transparencia en la información brindada a la afiliada; que se invierte la carga probatoria, por lo que la AFP debe probar que brindó la asesoría de manera correcta; que las AFP deben brindar una información clara, eficaz y oportuna; que la AFP debía hacer una ilustración de condiciones de acceso, características, ventajas, desventajas, riesgos y consecuencias de cada uno de los regímenes; que la firma y las consignaciones preimpresas en los formularios no son suficientes y a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado; que la demandante no recibió una información clara, cierta y oportuna; que no se obtuvo ninguna confesión frente al cumplimiento del deber de información; que la AFP debe

devolver a Colpensiones todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración y comisiones junto con los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, frutos e intereses, y rendimientos. Finalmente, que la ineficacia no está sometida al término trienal de prescripción.

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

5.1 COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia proferida por el a quo señalando para tal efecto que se trata de un traslado por fuera de los parámetros legales establecidos en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, esto es, dentro de los 10 años de prohibición legal.

5.2 AFP COLFONDOS. Solicita se revoque la sentencia de primera instancia en lo que respecta a los gastos de administración y prima de seguros debidamente indexados, dado que se lograron unos rendimientos con los aportes y no se evidencian perjuicios; que los descuentos no están en cabeza de la AFP, ya que se constituyeron las pólizas ante terceros que no fueron vinculados al proceso; que ordenar los gastos de administración debidamente indexados constituye una condena en perjuicios a cargo de la AFP, situación que no fue discutida ni objeto de la demanda; que no se allega prueba sumaria del daño o perjuicio; que se devuelve la base de cotización con los rendimientos; que se genera una condena en contra del patrimonio de la AFP, máxime cuando ha obrado de buena fe.

6. Alegatos de conclusión:

6.1 COLPENSIONES. Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que no se acredita los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba le corresponde a la demandante, además que a la AFP le queda imposible probar hechos de hace más de 17 años; que la única exigencia era el formulario de afiliación; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que se encuentra en la prohibición legal para retornar a COLPENSIONES; que de manera subsidiaria, en caso de prosperar la ineficacia se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI del demandante, además de devolver todos los conceptos debidamente indexados.

6.2 DEMANDANTE: Solicita que se confirme en su integridad la decisión de instancia, ya que la AFP no cumplió con el deber de información exigido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 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, 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? 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 la accionante se trasladó de régimen?; (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 de la 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 mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora MARTHA CONCEPCIÓN CORREDOR ROJAS se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 14 de mayo de 1986, con cotizaciones hasta el 30 de abril de 2004, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 1 a 7 archivo No 05- Historia Laboral); que se trasladó a COLFONDOS S.A. el 24 de noviembre de 2004 (Fol. 14 archivo 03), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fol. 20 a 36 archivo 03).

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 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 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 2004- 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 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.

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 orientarla 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 las 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.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

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 establecidas 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 debe indicar respecto 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 adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante 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, el afiliado 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 solo 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.

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la

decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS 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 de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos 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, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, 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 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).

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 y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Minina por parte de COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, lo que en efecto hizo la a quo, debiéndose impartir confirmación en este tópico. Adicionalmente, se confirmará que la devolución de los gastos de administración se realice debidamente indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL1022-2022, sin que ello implique doble pago, pues la actualización o rendimientos a que hace referencia el recurrente es en cuanto a los aportes, y la indexación aquí ordenada es sobre el concepto de gastos de administración.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: "*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*", por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 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.

Además se debe precisar que 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

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 de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, De 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 12 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de COLFONDOS 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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
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 COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000. a cargo de cada una.

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: RICARDO ANTONIO DE LA HOZ RUIZ
Demandada: CONSORCIO CONSTRUCTORA RUTA DEL SOL Y OTROS.
Radicación: 31-2018-00318-01
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- APELACIÓN DEMANDANTE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ricardo Antonio de la Hoz Ruiz instauró demanda ordinaria contra el CONSORCIO CONSTRUCTORA RUTA DEL SOL, CSS CONSTRUCTORES SAS, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECH S.A., ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL SAS, y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, con el propósito de que se declare que fue despedido en forma unilateral y sin justa causa, sin la autorización del Ministerio de Trabajo, para efectos de su desvinculación. En consecuencia, pidió que se ordene a la encartada el reintegro o reinstalación al cargo que venía desempeñando al momento del despido, con el consecuente pago de los salarios y prestaciones sociales legales dejadas de percibir, debidamente indexadas; que se condene al pago de la indemnización que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; que se condene al pago integral de los daños y perjuicios materiales e inmateriales, que se condene solidariamente a CSS CONSTRUCTORES SAS, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECH S.A., ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL SAS, y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, lo ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 08 de mayo de 2014 fue diagnosticado con gastritis crónica antral severa; que el 20 de enero de 2016 suscribió contrato laboral a término fijo con el Consorcio Constructor Ruta del Sol-CONSOL, para desempeñar funciones como oficial, vínculo que se cambió a término indefinido por voluntad de las partes; que el 7 de diciembre de 2016 sufrió un accidente laboral que le ocasionó un dolor agudo; que el 6 de julio de 2017 fue incapacitado por 20 días, hasta el 25 de julio de 2017; que mediante comunicación telefónica manifestó que vencida la incapacidad se presentaría a trabajar, pero le dijeron que el señor Mauricio Núñez no lo podía atender y que le mandada a decir que “hiciera caso omiso al comunicado anterior que estuviera atento hasta nueva orden, lo cual no sucedió posteriormente”; que no pudo retomar actividades laborales; que a mediados del año 2017 presentó varios inconvenientes con el pago de salarios de julio y agosto, razón por la cual interpuso una acción de tutela, y en el trámite de la misma, CONSOL manifestó que el actor había sido desvinculado laboralmente desde el 1 de septiembre de 2017, anexando el pago de la liquidación consignada a órdenes del juzgado; que solo con la contestación a la acción de tutela se dio por enterado de la decisión arbitraria que había tomado el CONSORCIO de dar por terminado su vínculo laboral; que debido a la

desvinculación le fue suspendido de manera abrupta el tratamiento médico por parte de la EPS y ARL; que dada la complejidad de las patologías que padece, ha empeorado en su estado de salud, al punto de no volver a reincorporarse al mercado laboral; que tiene pendiente el trámite de calificación y determinación de su PCL; que actualmente se encuentra a la espera de una consulta médica con especialista; que interpuso acción de tutela para la protección de la estabilidad laboral reforzada pero le fue negada; que actualmente no cuenta con vivienda propia, es padre de tres niños, y su salud emocional se ha visto afectada; que el 25 de mayo de 2018 radicó reclamación ante la Agencia Nacional de Infraestructura, sin obtener respuesta. (Expediente digital, PDF 001, pág. 5 a 19 y 370 a).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF No 001 folio 145 a 146); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

2. Contestación de demanda.

2.1 Agencia Nacional de Infraestructura. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada aduciendo que no ha tenido vínculo de naturaleza laboral con los trabajadores de la concesionaria ni de su constructor CONSOL, y en tal sentido, no intervino o participó en las gestiones que dieron lugar a la terminación del contrato laboral suscrito con el demandante; que respecto a la solidaridad no se configuran los elementos del artículo 34 del CST, dado que la ANI no es dueña de la infraestructura, no se benefició de la labor desempeñada por el actor, no existió contrato de obra ni de otra naturaleza, y tampoco existió relación de causalidad entre la labor desempeñada y las actividades corrientes de la ANI. Como excepciones de mérito rotuló las de improcedencia del artículo 34 del CST, actuar diligente de la Agencia Nacional de Infraestructura en defensa de los derechos laborales de los trabajadores, el despido es una situación totalmente ajena a la ANI, que la reparación integral y el daño a la vida en relación no se encuentran debidamente probados, y la resolución oficiosa de otras excepciones (Expediente digital, PDF 001, pág. 152 a 181).

2.2 Estudios y Proyectos del Sol SAS, y CSS Constructores SAS. Presentó oposición a las pretensiones, bajo el argumento de que el contrato de trabajo que ligaba a las partes se terminó por el hecho que el trabajador no volvió a presentarse a su lugar de trabajo, configurándose la figura del abandono del cargo; que no acredita las condiciones que lo hagan acreedor de una estabilidad laboral reforzada; que el actor no fue despedido, sino que no se presentó a laborar, presentándose abandono del cargo. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo de las demandadas, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, falta de legitimación en la causa por pasiva, y las demás que se encuentren probadas (Expediente digital, PDF 001, pág. 295 a 322 y 399 a 400).

2.3 Odebrecht Latinvest Colombia SAS. Presentó oposición a las pretensiones, con sustento en que no tiene ningún vínculo contractual con el Consorcio Constructor Ruta del Sol- CONSOL, por lo que las pretensiones carecen de fundamento. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, y las demás que se encuentren probadas (Expediente digital, PDF 001, pág. 439 a 453, 488 a 492 y 500 a 510).

2.4 Constructora Norberto Odebrecht SA. Como réplica a la demanda, sostuvo que las pretensiones resultan completamente desacertadas e infundadas, dado que el contrato con el demandante terminó por abandono del cargo, además que no se encontraba inmerso en ninguna situación de estabilidad reforzada. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo de la demandada, cobro de

lo no debido, buena fe, compensación, falta de legitimación en la causa por pasiva, y las demás que se encuentren probadas (Expediente digital, PDF 001, pág. 543 a 573 y 697 a 723).

2.5 Concesionaria Ruta del Sol SA. Sostuvo en su defensa que la entidad demandada no fungía como empleador del demandante, así como tampoco era beneficiario de la obra, ni forma parte del consorcio, por lo que ninguna de las pretensiones esta dirigidas en su contra; no obstante, en el caso particular del actor, su contrato finalizó con una justa causa al no presentarse a trabajar. Como excepciones de mérito relató las de prescripción, falta de legitimación por pasiva, inexistencia de obligaciones a cargo de la demandada, inexistencia de obligación a favor del demandante, cobro de lo no debido, buena fe y preferencia del proceso concursal, y la genérica (Expediente digital, PDF 014, pág. 2 a 70).

2.6 Compañía Mundial de Seguros S.A. (Llamada en garantía). En oposición a las pretensiones de la demanda y el llamamiento en garantía, manifestó que la Concesionaria Ruta del Sol SAS no se encuentra legitimada por activa para llamar en garantía a la aseguradora vinculada, ya que solo funge como tomador del seguro, siendo la asegurada la ANI, por lo que tan entidad no puede pretender el resarcimiento de perjuicios o solicitar indemnización sin ser el asegurado o beneficiario; que la vinculación del actor se hizo con el Consorcio Constructor Ruta del Sol- CONSOL, sociedad diferente a la Concesionaria Ruta del Sol, razón por la cual, ni siquiera la ANI se encuentra llamada a responder por las peticiones del demandante. Como excepciones de fondo propuso las de falta de legitimación por activa, ausencia de responsabilidad respecto de la póliza de seguro de cumplimiento, ausencia de responsabilidad solidaria, falta de cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 34 del CST, pago, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica. (Expediente digital, PDF 025, pág. 2 a 18).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 06 de abril del 2022, en la que la falladora declaró la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre el señor Ricardo Antonio de la Hoz Ruiz, en calidad de trabajador, y el Consorcio Constructora Ruta del Sol – CONSOL en calidad de empleador, por el periodo comprendido entre el 20 de enero de 2016 al 31 de agosto de 2017; absolvió a las enjuiciadas 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, 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, de la prueba documental se observa el contrato de trabajo y la liquidación final de prestaciones, con la que se puede constatar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el Consorcio Constructora Ruta del Sol – CONSOL y el demandante, por el periodo comprendido entre el 20 de enero de 2016 al 31 de agosto de 2016.

Sentado lo anterior y luego de hacer alusión a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y a las pruebas allegadas al plenario, concluyó que la última incapacidad reportada fue hasta el 25 de julio del 2017, y que con posterioridad no existe ninguna incapacidad, debiendo precisar el concepto de incapacidad, discapacidad y pérdida de capacidad laboral, aduciendo que ninguno de los tres eventos se acredita por el actor para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo; que no es suficiente presentar algún tipo de patología, tampoco es suficiente estar incapacitado unos días o durante un periodo de tiempo, lo que se requiere es que efectivamente, se acrediten los términos establecidos en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Frente al motivo de terminación del contrato de trabajo, adujo que no existe prueba alguna que indique cual fue la causal que alegó el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo; sin embargo, de la prueba recaudada se logra extraer que el actor fue citado para presentarse a trabajar a partir del 25 de julio de 2017, pero fue el trabajador quien no se presentó al sitio de trabajo, y aun así la empresa le hizo los pagos normales y finalmente, cuando ya no se presentó más se tomó la determinación de consignar las prestaciones en un juzgado. Concluyó que quien incumplió fue el demandante, quien a pesar de haber cesado en la incapacidad el 26 de julio de 2017, nunca se presentó a cumplir sus labores, máxime cuando sí había un lugar en donde debía presentarse tal como lo informó el testigo traído por la parte actora, presentándose de esa forma el abandono del cargo por parte del trabajador. (Expediente digital, audio No 38 y 39, y acta de audiencia archivo No 40)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el **demandante** formuló recurso de apelación manifestando que olvida la a quo los preceptos constitucionales dados por la Corte Constitucional en la sentencia SU referida en los alegatos de conclusión, donde se refiere a tres causales concretas cuando se gira la estabilidad laboral reforzada, y entre ellas, que la empresa a sabiendas de que estaba enfermo procede a terminarle el contrato de trabajo, y ello no solamente se da por las incapacidades, sino también por las restricciones que le fueron otorgadas, como las que MAPFRE extiende a la empresa CONSOL en vigencia del contrato de trabajo el 15 de febrero de 2017, mismas que se encuentran dentro del acervo probatorio; que frente a la calificación de pérdida de capacidad laboral, existen dos momentos diferentes, y que la Junta Nacional no debe otorgar al mismo tiempo, ya que en el caso concreto el debate de la calificación era frente al origen, y por ello es que la Junta Nacional no determinó ningún porcentaje de calificación; que no es cierto que la empresa haya sido garantista otorgando el salario al actor después de julio de 2017, ya que para ello el actor tuvo que recurrir a la acción de tutela para que la empresa cumpliera con el pago del salario; que el demandante no pudo reintegrarse a sus labores por disposición de la empresa, además se encontraba incapacitado, además no sabía el actor donde presentarse, incluso sin tener como transportarse o sin tener como movilizarse a otra ciudad; que CONSOL no ofreció garantías al demandante, no cumplió con pedir permiso y tenía restricciones; que el demandante se enteró de la terminación de su contrato de trabajo sin saber por qué causa, ya que solamente le consignaron y nunca se supo la causa; que el demandante no tenía cómo demostrar la causa y en su defecto la carga la carga se invierte y es allí donde la parte demandada aduce abandono de cargo, pero el empleador debió por todos los medios avisarle al demandante o requerirle el por qué no se presentaba; que debía iniciársele un proceso disciplinario con el fin de que éste hubiese podido presentar descargos; que no es cierto el dicho de la testigo Olga, de que se le envió un correo electrónico al demandante, el cual nunca se aportó; que no puede aducirse una justa causa como un abandono de cargo cuando no le fue informado al señor de la Hoz, cuando se le iban a pagar sus salarios, además CONSOL, incumplió de forma permanente, no sólo con los salarios sino con los auxilios de transporte para que éste se reintegrará, además de no avisarle dónde quedaba o donde tenía que trasladarse; que CONSOL debió pedir primero permiso al Ministerio de Trabajo para despedirlo porque tenía restricciones que se encontraban vigentes; que existían restricciones y le fueron notificadas al empleador, además fueron permanentes y no eran compatibles con su cargo; que el demandante sí poseía fuero de estabilidad laboral reforzada conforme los precedentes de la Corte Constitucional y que debió pedirse permiso al Ministerio de Trabajo.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Demandante: Manifiesta que no existió justa causa para despedir al trabajador, y, por lo tanto, debía solicitar permiso al Ministerio del Trabajo para proceder al despido, ya que el demandante se encontraba enfermo o en estado de discapacidad, por lo que además tenía fuero de estabilidad laboral reforzada, lo que da lugar a que se revoque la decisión de instancia y se accedan a las suplicas de la demanda.

5.2 CSS CONSTRUCTORES S.A., EPISOL SAS, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT SAS EN LIQUIDACION y ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA. Solicitan que se confirme la decisión de instancia, ya que el demandante no cumplía las condiciones para ser beneficiario del estado de debilidad manifiesta.

5.3 Agencia Nacional de Infraestructura ANI: Adujo que la decisión de instancia debe confirmarse, dado que el actor no logró probar sus pretensiones, mucho menos la obligación p solidaridad que pudiere corresponder a la ANI en relación con sus pedimentos.

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, y extremos temporales

No existe controversia respecto a que el actor prestó sus servicios para la demandada CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL - CONSOL desde el 20 de enero de 2016 hasta el 31 de agosto de 2017, tal como lo consideró la a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba documental (Fols. 602 a 608 y 746 archivo No 01), contentiva del contrato de trabajo, su modificación y la liquidación final de prestaciones, en ese orden, la discusión radica en sí para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo el actor se encontraba amparado por el fuero de estabilidad ocupacional reforzada.

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL - CONSOL 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 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 31 de agosto 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.

Descendiendo al *sub judice*, se revisó si al 31 de agosto de 2017, fecha de la terminación del contrato laboral, efectivamente el demandante se encontraba o no en un estado de debilidad manifiesta suficiente para configurar el fuero de salud, advirtiéndose que su última valoración médica antes del finiquito data del 06 de julio de 2017 expedida por un médico ortopedista de la entidad MAPFRE COLOMBIA VIDA S.A (Fol. 108 archivo No 01) en la que se detalla el diagnóstico S460 – Traumatismo de tendón del manguito rotatorio del hombro, con las siguientes indicaciones así: *"Se encuentra paciente con presencia de dolor del hombro izquierdo, asociado a limitación para la elevación activa por tendinosos del supraespinoso, considero conveniente hacer manejo médico con plan de rehabilitación con terapias físicas para contemporizar la lesión y se citará a control en 1 mes con infiltración en 1 mes"*; igualmente, se otorgó incapacidad por 20 días hasta el 25 de julio de 2017 (Fol. 112 archivo No 01), sin que obre prueba alguna de que posteriormente se hubiere prorrogado la incapacidad o hubiere reporte del control al que alude la respectiva valoración médica para constatar que su estado de salud era de tal entidad para deducir la configuración de la estabilidad ocupacional reforzada al momento de finalizar su contrato de trabajo (31 de agosto de 2017), es decir, pasaron 35 días desde su última incapacidad (25 de julio de 2017) sin ninguna novedad en su estado de salud, por lo que la Sala no puede de manera hipotética asumir que su estado de salud era igual al que presentaba para el 6 de julio de 2017, fecha de la valoración, que dio como resultado la incapacidad de 20 días.

Ahora, refiere el actor en el libelo genitor que su estado de salud se comprometió con posterioridad al accidente de trabajo acontecido el 07 de diciembre de 2016, oportunidad en la que *"al momento de trasladar una lámina de triple o súper T para cortarla en la sierra de banco con el ayudante a él se le deslizó y yo al tratar de sostenerla para no dejarla caer el sobre esfuerzo lo sentí en el hombro izquierdo causándome dolo agudo en la misma parte"* (Fol. 79 archivo No 001), siendo atendido en la Clínica María Auxiliadora, lo cual generó incapacidad por 15 días respecto del diagnóstico S400 – Contusión del hombro y del brazo, y como recomendación "seguir tratamiento médico ambulatorio", motivo por el que posteriormente, esto es, el 15 de febrero de 2017 (Fol. 96) se emiten por parte de MAPFRE unas recomendaciones médicas PARA LABORAR POR 30 DIAS, dentro de las cuales se puede observar que está *"puede manipular cargas entre 1 y 5 Kg como máximo en la mano izquierda – durante las actividades laborales puede realizar movimientos de flexo- extensión y rotación del hombro izquierdo que no superen los 90m de flexión y los 50m de rotación, procurando que dichas actividades no excedan más de 10 repeticiones en un minuto, debe ejecutar la actividad, realizar pausa y reiniciar- En las actividades realizadas durante la labor puede realizar desplazamientos puntuales por terrenos regulares tomando las medidas necesarias para evitar lesiones sobre la parte afectada del cuerpo, no realizar ningún tipo de actividad que implique laborar en alturas, arrastrar, realizar agarre permanente a manos llenar, utilizar herramientas de impacto, exponerse a vibración de miembro superior izquierdo o que deba hacer el apoyo del cuerpo sobre la mano izquierda"*. Tales recomendaciones fueron remitidas por MAPFRE a la empresa CONSOL el 15 de febrero de 2017 (Fol. 98 archivo No 01), sin que se tenga certeza de que efectivamente hayan sido entregadas a la empresa demandada; sin embargo, acota la Sala que al contrario de lo manifestado por el recurrente, no se tratan de recomendaciones o restricciones permanentes y que estuvieren vigentes para el 31 de agosto de 2017, pues fueron emitidas el 15 de febrero de 2017 con la anotación "para laborar por 30 días", es decir, que a lo sumo su vigencia se extiende hasta el 15 de marzo de 2017, y como quiera que la relación laboral feneció el 31 de agosto de 2017, no hay lugar a prohiar que para la fecha del finiquito del contrato hubiere estado no solo incapacitado sino con recomendaciones o restricciones laborales vigentes.

Además, nótese que no existe en el legajo consulta alguna que haga extensiva las recomendaciones por más tiempo, lo que denota de contera que su estado de salud no estaba comprometido en los términos que alude el actor, pues de haber sido así, se hubiera continuado con algún tipo de atención médica, terapias, exámenes o recomendaciones posteriores a marzo de 2017, incluso hubiera dado lugar a prorrogar la última incapacidad que iba hasta el 25 de julio de 2017, pero nada de eso se logra extraer del proceso, quedando imposibilitada la Sala para sacar conjeturas sin los debidos soportes médicos que dieran cuenta de que su estado de salud estaba empeorando como lo asienta el actor.

Ahora, esgrime la activa que estaba en proceso de calificación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, debiéndose advertir que dicha circunstancia que no lo coloca como beneficiario de la estabilidad ocupacional reforzada, ya que independientemente del resultado de la calificación, lo que se verifica es su estado de salud para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo, mismo que emana de las consultas médicas realizadas, los exámenes, diagnósticos, recomendaciones e incapacidades debidamente soportadas en el proceso, el cual, para el caso concreto no es de la suficiente entidad para generar en el juzgador el convencimiento de que el actor, para el 31 de agosto de 2017, tuviere comprometido su estado de salud con suficiente entidad que lo coloque en estado de debilidad manifiesta a la luz de los postulados de la Corte Constitucional. Además, nótese que el dictamen emitido el 09 de septiembre de 2021 (Fol. 1 a 8 archivo No 35) hace desvanecer la tesis de que su estado de salud se vio comprometido a raíz del accidente de trabajo, pues en punto al origen de los diagnósticos "Condromalacia hombro izquierdo – Quiste óseo subcondral hombro izquierdo- Síndrome de manguito rotatorio izquierdo y Tenosinovitis de bíceps izquierdo", precisó que no se derivan del accidente de trabajo, en los siguientes términos:

"Antecedente de accidente de trabajo de ocurrencia el 7 de diciembre de 2016 con mecanismo de lesión de baja energía por sobreesfuerzo de miembro superior izquierdo en maniobra de sostenimiento de formaleta de 30 kilos. Atención Inicial de urgencias realizada el 12 de diciembre de 2016, realiza diagnóstico de trauma en hombro izquierdo y en atenciones posteriores se evidencia por resonancia una condromalacia, quiste subcondral, tenosinovitis del bíceps y tendinosis del manguito rotador en sus vertientes del infraespinoso y del subescapular: hallazgos que consideramos no generados en el evento descrito; porque, al correlacionar mecanismo de lesión de baja energía con evidencia imagenológica, no encontrando correlación fisiopatológica entre aquel y ésta, consideramos se trata de accidente laboral, sin secuelas atribuibles al mismo".

De lo expuesto, denota la Sala que si bien el actor tuvo un accidente de trabajo, el mismo no generó los diagnósticos que fueron objeto de calificación por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y además se itera, solo se tiene reporte del diagnóstico de Traumatismo de tendón del manguito rotatorio del hombro con incapacidad de 20 días, vigente hasta el 25 de julio de 2017, es decir, 35 días antes de finalizar la relación laboral, sin recomendaciones o restricciones vigentes para el 31 de agosto de 2017, por lo que, de ninguna manera llevan a colocar al actor en situación de estabilidad laboral ocupacional reforzada, o en una afectación en su salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, tal como lo exige el criterio adoptado por la Corte Constitucional.

Por lo anterior, si bien esta Sala de Decisión, acoge la postura de la Corte Constitucional en el sentido que para efecto de la estabilidad laboral reforzada por salud, no se requiere de calificación de pérdida de capacidad laboral, lo cierto es que, contrario a lo sostenido

por el apoderado del demandante, se requiere que el trabajador se encuentre en estado de debilidad manifiesta, esto es, que la afectación en su salud le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones normales, situación que no se logra acreditar, pues la prueba documental adosada al legajo no lo coloca en la protección constitucional pretendida, máxime que para la fecha en que se presentó la terminación del contrato de trabajo no se encontraba en incapacidad, o pendiente de algún tratamiento médico.

En este punto, no puede olvidarse que la finalidad de la protección es salvaguardar derechos fundamentales, y por ende, dar continuidad a la relación laboral para que pueda continuar los tratamientos médicos, o no quede al vaivén de las circunstancias su estado de salud, situación que no acontece en el sub judice, pues se repite, del diagnóstico y demás reportes de su historia clínica no brota palmario que su estado de salud se hubiere afectado sustancialmente, y por ende, no se configura la protección reforzada que exige la Corte Constitucional.

Por las anteriores razones no queda otro camino que despachar de manera desfavorable la censura de la parte demandante, y de contera absolver de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Terminación del contrato de trabajo

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, regula la terminación del vínculo laboral por justa causa, el cual prevé dos obligaciones para quien lo dé por terminado; la primera es subjetiva y versa sobre las causales contempladas en sus literales a) y b); la segunda tiene que ver con la forma en que se da por terminado el contrato, pues impone la carga de expresar al momento de la terminación del vínculo la causal por la que opta por el despido y los fundamentos fácticos que sustentan esa determinación, tal y como lo ilustra la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998.

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).

Así las cosas, conforme lo anterior y tras la lente del principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del C de P.C, hoy 167 del C.G.P, procederá la Sala a estudiar el caso en concreto.

La a quo señaló que en el caso concreto se presentó el abandono del cargo por parte del demandante, ya que fue informado de que debía reintegrarse a laborar a partir del 25 de julio de 2017, pero fue el trabajador quien no se presentó al sitio de trabajo, y aun así la empresa le hizo el pago de su salario hasta el 31 de agosto de 2017, ante lo cual, la parte activa presenta disenso, aduciendo que la entidad no obró de manera garantista como lo expresó la juez, ya que el pago de los salarios de julio y agosto fue producto de una acción de tutela y no por voluntad del empleador.

Asimismo, asimilando la tesis defendida por el demandado según la cual el actor dejó de ir a laborar desde el 26 de julio de 2017, con el "abandono del cargo", tiene dicho la jurisprudencia (SL1051-2020) al respecto que:

"Aquí debe precisarse que el abandono del cargo al que se refiere la recurrente no constituye propiamente un modo de terminación del contrato laboral ni una justa causa de despido; ya que tal figura no existe en la legislación laboral, pero si se enmarca dentro de la causal 6 del artículo 62 del CST, al referir la violación grave de las obligaciones y prohibiciones que le incumben al trabajador"

De esta manera, lo primero que colige la Sala es que el supuesto "abandono del cargo" no se encuentra demostrado, pues si bien se presenta controversia en lo relativo a la prestación del servicio, ya que el actor aduce que sí se presentó a laborar pero no le informaron el lugar en que debía ejecutar la labor, y a la vez, la demandada sostiene que nunca se presentó, lo cierto es que, para la configuración del abandono del cargo era deber del empleador hacer uso de todos los medios a su alcance para solicitar al trabajador la justificación de su inasistencia, so pena de tener por injusto el despido. Para este fin pudo haber remitido comunicación a la dirección de domicilio registrada en su hoja de vida, a la dirección de correo electrónico o incluso por medio de las personas que hubiere enunciado como referencias personales, entre otros, como lo señaló nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4547 de 2018.

En el sub examine, ninguna prueba soporta la tesis de la parte demandada, en consecuencia, al no existir justa causa para finalizar el contrato de trabajo, ha de tenerse como despido sin justa causa el ocurrido el 31 de agosto de 2017.

Igualmente, acota la Sala que para el 31 de agosto de 2017 no obra documental en la que se le haya puesto de presente al actor el motivo de la finalización del contrato, siendo un requisito previsto en el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, sin que pueda alegarse la causal con posterioridad como lo hizo la demandada en la contestación de la demanda, razón por la cual, el despido deviene en injusto, máxime que en la liquidación final de prestaciones se deja en blanco la casilla "motivo de terminación".

Lo anterior conllevaría a fulminar condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa; no obstante, ninguna pretensión condenatoria se enarbó en ese horizonte, pues la pretensión declarativa de que el despido se dio de manera unilateral y sin justa causa, esta concatenada con la pretensión condenatoria de obtener el reintegro laboral y, por ende, teniendo en cuenta el principio de congruencia, queda imposibilitada la Sala para impartir condena por un rubro no pretendido.

Debe precisar este colegiado que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar "en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley." Así, sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que "se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a

las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes.”(SL440-2021).

En ese orden, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera *“exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”*, mientras que la segunda hace referencia a que *“toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia”* (CSJ SL2808-2018). Sin embargo, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *“(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibidem”*

Así las cosas, como se dijo con antelación, el propósito fundamental de la apelación se centra en obtener el reintegro laboral bajo la égida de la protección laboral reforzada por fuero de salud, sin que haya sido objeto de pretensión subsidiaria la indemnización por despido sin justa causa, por lo que no puede ser definida en este asunto, máxime cuando no fue discutida en las etapas del proceso, pues la génesis de la controversia consistió en el reintegro laboral por estar amparado con estabilidad ocupacional reforzada.

Así las cosas, considera la Sala, al igual que lo hizo el cognoscente de primer grado, que no hay lugar a que la Sala se pronuncie sobre aspectos que las partes no fundaron su disenso; y es que de hacerlo constituirá un quebranto a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política que le asiste a las partes en contienda, por manera que con el fin de garantizar dichas prerrogativas constitucionales, se sigue confirmar la sentencia confutada, pero por otras razones en lo atinente a la terminación de la relación laboral.

Finalmente, tampoco podría emitirse condena en uso de las facultades ultra y extra petita, dado que ello solo es del resorte del juez de primera instancia, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL9518-2015.

Dadas esas razones, impone a la Sala confirmar la decisión de instancia, pero por las razones aquí anotadas, que en lo referente a la terminación del contrato son claramente distintas a las utilizadas por la cognoscente primigenia.

Costas

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

DECISIÓN

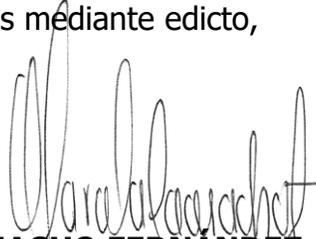
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de abril del 2022, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, 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 FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
(Aclara 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: *CAMILO ARTURO ZÚÑIGA GUERRERO*
DEMANDADO: *UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA - UNAD*
RADICACIÓN: *110013105-027-2018-00053-01*
ASUNTO: *CONSULTA*
TEMA: *CONTRATO DE TRABAJO – DOCENTE.*

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CAMILO ARTURO ZÚÑIGA GUERRERO instauró demanda ordinaria contra la UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA- UNAD, con el fin de que se declare que entre las partes está vigente la relación laboral por todo el año académico 2015; que se condene al reintegro al cargo de docente que venía desempeñando o a otro de mayor categoría, junto con el pago de salarios, reajustes y prestaciones dejadas de percibir desde el 1 de enero de 2015; de manera subsidiaria que se reconozca y pague la indemnización por la terminación indebida de la relación laboral; que se condene a la sanción moratoria, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue contratado como tutor de tiempo completo mediante resolución No 360 del 30 de enero de 2005, prorrogándose hasta el año 2010, conforme las resoluciones No 118, 1259, 045, 009-18, 1792 y 1-112, respectivamente; que a partir del año 2011 le redujeron sin razón justificada el contrato a medio tiempo conforme las resoluciones No I-45, I-0093 y la 2975, respectivamente, hasta el 23 de diciembre de 2014; que para el año 2015 sin explicación alguna no fue incluido en la nómina de la demandada para continuar realizando la labor que venía desempeñando; que no le notificaron la decisión de dar por terminada la relación laboral dentro del término requerido para los contratos a término fijo; que fue evaluado en su calidad de tutor con un puntaje de 4.5 sobre 5; que la UNAD incurrió en violación del artículo 4 de la Resolución No 2975 de 2014; que en calidad de tutor cumplió con todas sus obligaciones y requerimientos exigidos por la UNAD; que la entidad empleadora despidió sin argumento válido y no le pago la liquidación por el despido injustificado; que el contrato se encontraba prorrogado legalmente; que se vulneró por parte de la UNAD el artículo 46 del CST. (fls. 5 a 11 archivo No 01).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 85 a 86 archivo No 1); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

2. Contestación UNAD. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, ya que el actor desconoce el régimen de vinculación de los docentes ocasionales, régimen que se encuentra consagrado en la Ley 30 de 1992 y Decreto 1279 de 2002, así como los estatutos de la Universidad, en virtud de los cuales se permite la vinculación de los docentes ocasionales, y por esa razón no le da derecho al reconocimiento de las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda. Como excepciones de mérito rotuló las de legalidad de la forma de vinculación, inexistencia del contrato de trabajo entre la demandante y la UNAD, cobro de lo no debido, buena fe por parte de la UNAD, y la genérica (Fols. 88 a 116).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de mayo del 2022, en la que la falladora de instancia, negó las pretensiones de la demanda formulada por el señor CAMILO ARTURO ZÚÑIGA, condenándolo en costas.

Para tomar su decisión, indicó que el problema jurídico por resolver era determinar qué clase de relación contractual unió a las partes y si en virtud de ello está obligada la demandada a renovar su vinculación en el año 2015, de serlo, si le asiste derecho al reintegro solicitado con el consecuente pago de prestaciones solicitadas, en caso contrario, si le asiste derecho a la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa.

Manifestó que el actor fue vinculado mediante resolución No 360 del 21 de enero de 2005 para desempeñar el cargo de tutor a término fijo hasta el 15 de diciembre de 2005, luego el 26 de enero de 2006 fue vinculado como profesor medio tiempo hasta el 30 de junio de 2006, en el año 2007 fue vinculado mediante resolución No 045 a término fijo como tutor profesional especializado tiempo completo; que mediante resolución No 1401 fue contratado para el periodo académico 2008 en la modalidad tiempo completo; en el año 2009 mediante resolución No 896 fue vinculado como tutor ocasional entre el 2 febrero de 2009 y el 16 de diciembre de 2009; que mediante resolución I-112 de 2010 fue vinculado como tutor ocasional tiempo completo para el período académico 2010; que mediante resolución I-045 de 2011 fue vinculado como tutor medio tiempo para el período académico 2011; que mediante resolución I-0067 de 2012 fue vinculado como docente ocasional para el periodo académico 2012 medio tiempo; que mediante resolución I-093 de 2013 fue vinculado como docente ocasional medio tiempo hasta el 23 de diciembre de 2013 y finalmente fue vinculado mediante resolución No 2975 de 2014 como docente ocasional medio tiempo para el periodo académico del año 2014.

De lo anterior, concluyó que desde un inicio de la relación contractual el actor tenía conocimiento de que fue vinculado como tutor ocasional o docente ocasional y por la mayoría de los casos para el calendario académico de cada año por lo que no existe fundamento contractual o legal que pueda dar lugar al reintegro; que el demandante no es docente de carrera, y por ello, la vinculación no se terminó porque el demandante estuviera amparado por una estabilidad laboral reforzada, gozará de fuero sindical o circunstancial u otra circunstancia similar que permita el reintegro; que según lo informó el testigo Cuestas Mahecha no hubo necesidad de contratarlo en el año 2015 dado que cada año varían las necesidades de personal, de acuerdo al número la matriculados, unidades académicas o la calificación de los servicios del docente.

En cuanto a la pretensión subsidiaria relacionada con la indemnización por despido sin justa causa, adujo que el actor no estuvo vinculado a través de contratos a término fijo, sino en virtud de lo establecido en la Ley 30 de 1992, normativa que regula la vinculación de los docentes permanentes como ocasionales, sin que opere la prórroga automática si no se avisa con antelación la intención de terminar el vínculo, por lo que,

en el sub examine se presentó la terminación del vínculo por expiración del término del contrato. (Archivo No 8 y 10 Exp. Digital)

4. Impugnación y límites del ad quem. La decisión no fue recurrida por la parte demandante, por lo que se envió el expediente ante el Tribunal para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante.

5. Alegatos. La UNAD presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión absoluta, ya que el actor no tenía fuero de estabilidad alguna, ni tampoco la desvinculación fue caprichosa, sino que se ciñó a la clase de contratación como docente ocasional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Grado Jurisdiccional de Consulta se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 69 del CPTSS por haber sido totalmente desfavorable la decisión de primer grado en contra del trabajador.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico** ¿Es procedente la renovación del vínculo laboral del actor a partir del año 2015? En caso positivo ¿Hay lugar al reintegro al cargo que venía desempeñando como docente? En caso negativo, ¿Hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa?

Competencia conflictos laborales docente ocasional

Ab initio, la Sala encuentra necesario precisar que, en el sub examine el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria al resolver el conflicto de competencia **el 22 de enero de 2020** (Fol. 14 a 23, archivo No 02), asignó el conocimiento del presente asunto a la Jurisdicción Ordinaria Laboral en cabeza del referido Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

Ahora, acota la Sala que de conformidad con el Acto Legislativo 02 de 2015, la función de dirimir conflictos de competencia quedó en cabeza de la Corte Constitucional (artículo 14 Acto Legislativo 02 de 2015, que modificó el artículo 241 de la Constitución Política); sin embargo, no puede desconocerse lo dispuesto por la Corte Constitucional en Auto 278 del 9 de julio de 2015, en la que de manera diáfana establece que Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura "*continuará ejerciendo sus funciones en relación con los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, hasta el día en que cese definitivamente en el cumplimiento de las mismas, momento en el cual, aquellos deberán ser remitidos a la Corte Constitucional en el estado en que se encuentren*".

Para arribar a tal decisión la Corte Constitucional delineó lo siguiente:

*"6. De acuerdo con las medidas transitorias previstas en el Acto Legislativo 002 de 2015, cabe entender que, hasta tanto los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no se posesionen, los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura deben continuar en el ejercicio de sus funciones. Ello significa que, actualmente, **la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura conserva sus competencias**, es decir, se encuentra plenamente habilitada para ejercer, no sólo la función jurisdiccional disciplinaria, sino también, **para dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones y para conocer de acciones de tutela.***

7. En ese orden de ideas, es claro que, por virtud de lo previsto en el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015, la atribución para conocer de los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones quedó radicada en cabeza de la Corte Constitucional. No obstante, en obediencia a lo dispuesto en el párrafo transitorio 1º del artículo 19 del referido acto legislativo, en el que se adoptaron medidas de transición que dieron continuidad a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dicha atribución sólo podrá ser ejercida por la Corte Constitucional, una vez la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura haya cesado de manera definitiva en el ejercicio de sus funciones, momento en el cual los conflictos de competencia entre distintas jurisdicciones deberán ser remitidos a la Corte Constitucional en el estado en que se encuentren”.

En ese orden, como los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial se posesionaron el 13 de enero de 2021, hasta esa calenda tenía la facultad y competencia la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para dirimir los conflictos de competencia puestos en su conocimiento, por lo tanto, como en el sub examine, el conflicto de competencia fue desatado **el 22 de enero de 2020**, procede la Sala a conocer de este proceso y a darle solución a los problemas jurídicos planteados.

Relación laboral y extremos temporales

Las partes no cuestionan las reflexiones en torno al vínculo laboral que unió a las partes, el cual inició desde el 01 de febrero de 2005 y se extendió hasta el 23 de diciembre de 2014, ejerciendo el cargo de docente ocasional, vinculado por el periodo anual o por año lectivo, tal como se logra corroborar con la certificación laboral (folios 13 a 14), siendo objeto de disenso el que a partir del año 2015 no se renovó el vínculo laboral como venía aconteciendo en años anteriores.

Modalidad laboral docentes ocasionales

Para resolver este problema jurídico es preciso señalar que el artículo 74 de la ley 30 de 1992 consagra que *"Serán profesores ocasionales aquellos que con dedicación de tiempo completo o de medio tiempo, sean requeridos transitoriamente por la entidad para un período inferior a un año"*.

Así mismo, el artículo 3 del Decreto 1279 de 2002, dispone: *"Los profesores ocasionales no son empleados públicos docentes de régimen especial ni pertenecen a la carrera profesoral y, por consiguiente, sus condiciones salariales y prestacionales no están regidas por el presente Decreto. No obstante, su vinculación se hace conforme a las reglas que define cada Universidad, con sujeción a lo dispuesto por la ley 30 de 1992 y demás disposiciones constitucionales y legales vigentes"*.

Ahora, el actor plantea la discusión arguyendo que no le notificaron la decisión de dar por terminada la relación laboral dentro del término requerido para los contratos a término fijo y que para el año 2015 el contrato se encontraba prorrogado legalmente, lo que lleva a la Sala a remitirse a lo dispuesto en el artículo 101 del CST para dilucidar lo relativo a la vinculación de docentes en instituciones particulares, a pesar de que no le resulta aplicable al actor al estar vinculado en una institución de carácter público, pero que sirve de referente para responder los interrogantes del actor.

Establece el artículo 101 del CST, lo siguiente: "*El contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar*".

Ahora, sobre su correcta intelección la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL12708 de 2016, hace todo un andamiaje jurisprudencial respecto del artículo en cita, en la que extrae apartes de la sentencia con radicación No 15623 del 23 de abril de 2001, y en lo que aquí concita la atención de esta Sala, determina lo siguiente:

"I) Conforme al artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, concepto que se ha entendido equivalente al de periodo académico, de modo que no necesariamente se refiere a un año sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario.

Sin duda éste precepto desarrolla una modalidad especial de duración del contrato de trabajo, distinta de las que menciona el artículo 45 del mismo estatuto laboral, y junto a otras disposiciones legales conforma un régimen especial para estos servidores, algunas de cuyas particularidades son las siguientes:

El régimen está destinado a quienes cumplan labores en condición exclusiva de profesores de colegios, universidades u otros establecimientos particulares dedicados a la enseñanza y se explica porque los servicios de éstos trabajadores normalmente no son requeridos durante todo el año calendario ya que las vacaciones estudiantiles suelen prolongarse por varios meses durante dicho año.

Conforme quedó definido, contempla una duración contractual presunta de ahí que no requiera la forma escrita, aunque no hay impedimento para que las partes se acojan explícitamente a ella por un acuerdo verbal o documental que desde luego contenga la voluntad de vincularse por el período académico. Pero la modalidad no es forzosa o excluyente para los profesores sino sucedánea o supletiva frente a la ausencia de una expresión válida diferente de los contratantes, o sea que en principio estos tienen la posibilidad de convenir cualquiera de las duraciones permitidas, como a término fijo, indefinido o por la duración de determinada labor, caso en el cual se aplica a la relación laboral el régimen común establecido en la legislación para la respectiva modalidad.

No prevé el preaviso o desahucio, de manera que basta la culminación del respectivo periodo académico para que finalice el contrato por su propia virtud y, por consiguiente, no opera la llamada tácita reconducción, esto es, la prórroga automática del nexo si las partes no expresan oportunamente su ánimo de terminarlo.

En punto a las consecuencias del rompimiento del contrato han de aplicarse a falta de disposiciones especiales, las previstas en los ordinales 3 y 5 del artículo 64 del C.S.T, subrogado por la Ley 50/90, art. 6º, vale decir que en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización equivalente al valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el periodo académico. Y si es el trabajador quien da por terminado intempestivamente el contrato, sin justa

causa comprobada, deberá pagar al empleador una indemnización equivalente a treinta (30) días de salario”.

Igualmente, el Consejo de Estado, en sentencia del 02 de diciembre de 2021, radicación No 25000-23-42-000-2017-05197-02 (0711-21) adoctrina que los nombramientos sucesivos como docente ocasional no hacen posible su ingreso a la carrera docente, en los siguientes términos:

“En esos términos, resulta imperioso precisar que la vinculación como docente ocasional no genera, por sí sola, una expectativa de permanencia en el empleo más allá del plazo de finalización indicado en el acto de nombramiento. Así pues, el hecho de que la accionante hubiera laborado como docente ocasional de la Universidad Pedagógica Nacional, incluso por períodos sucesivos, no le garantizaba la permanencia en el empleo a través de esa modalidad de vinculación”.

Descendiendo al sub examine, nótese que el actor inició su vínculo laboral con la entidad encartada desde el 01 de febrero de 2005 y se extendió hasta el 23 de diciembre de 2014, ejerciendo el cargo de docente ocasional, vinculado por el periodo anual o por año lectivo, tal como se logra corroborar de la certificación laboral (folios 13 a 14), sin que dé lugar a la aplicación de la prórroga del vínculo laboral por silencio entre las partes a partir del año lectivo 2015, ya que como quedó ampliamente dilucidado, no se requiere preaviso, pues *“basta la culminación del respectivo periodo académico para que finalice el contrato por su propia virtud”*, el cual, para el caso de autos lo fue el 23 de diciembre de 2014.

Igualmente, a la luz de lo establecido por el Consejo de Estado, al igual que pasa en el sector privado, el hecho de que existan sucesivas vinculaciones como docente ocasional, en este caso desde el año 2005 hasta el año 2014, por el respectivo periodo lectivo, no genera que su vínculo laboral sea a término indefinido o que haga posible su ingreso a la carrera docente como profesor de “planta”, y en ese orden, la finalización del vínculo laboral del accionante como docente ocasional no fue irregular o por fuera de las disposiciones legales que regulan la materia, lo que lleva a desestimar sus pretensiones, esto es, no solo el reintegro por presentarse según su tesis prórroga del vínculo contractual, sino también la referida indemnización por terminación unilateral e injusta.

Finalmente, resulta oportuno mencionar que el promotor de la litis no esgrime circunstancias especiales de estabilidad laboral reforzada que hagan imperioso el estudio del presente asunto bajo otro panorama, dado que la controversia planteada es eminentemente jurídica y esta relacionada con la renovación o no del vínculo laboral como docente ocasional a partir del año 2015, por virtud de no habersele preavisado o bajo la tesis de la prórroga automática, temas que ya quedaron resueltos en precedencia.

Así las cosas, sin que haya más que agregar al respecto, concluye la Sala que debe confirmarse la decisión de instancia en su integridad.

Costas

Sin costas en esta instancia por haberse estudiado la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante. Las de primera se confirman. Tésense.

DECISIÓN

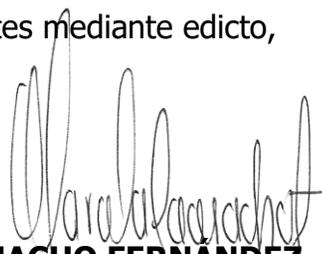
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de mayo del 2022, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme la parte motiva de este proveído.

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

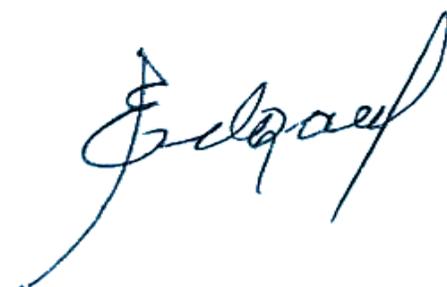
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
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: *ELVIA BUENO*
DEMANDADO: *COLPENSIONES.*
RADICACIÓN: *110013105-024-2019-00740-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA*
TEMA: *PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – CÓNYUGE DE PENSIONADO.*

Bogotá D.C, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora ELVIA BUENO a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare que cumple con los requisitos exigidos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, y en consecuencia, se condene a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge supérstite de LUIS ANTONIO SIERRA PONGUTA (QEPD), a partir del 19 de enero de 1999, el retroactivo, los intereses moratorios, subsidiariamente la indexación, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante resolución No 03067 del 24 de julio de 1978 el otrora ISS, hoy Colpensiones, reconoció la pensión de vejez en favor de Luis Antonio Sierra Ponguta, a partir del 01 de julio de 1987; que la señora Elvia Bueno y Luis Antonio Sierra Ponguta, comenzaron a convivir desde el mes de agosto de 1992, contrayendo matrimonio católico para el 23 de mayo de 1998; que el señor Luis Antonio Sierra Ponguta, falleció el 19 de enero de 1999; que el 23 de abril de 1999 solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional, la cual fue negada a través de resolución No 026294 del 10 de diciembre de 1999, bajo el argumento de no cumplir a cabalidad los requisitos que establece el artículo 47 de la ley 100 de 1993, en su versión original, ya que no se encontraba la demandante conviviendo con el causante al momento en que aquel reunió los requisitos para el reconocimiento pensional. (Fols. 42 a 47 archivo No 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 93); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones: COLPENSIONES, se opone a todas las pretensiones invocadas con sustento en que la señora ELVIA BUENO no hacia vida marital de acuerdo a la Ley 100 de 1993, con el causante LUIS ANTONIO SIERRA PONGUTA desde cuando esté adquirió el derecho a la pensión de vejez que percibía desde julio de 1988. Como excepciones de mérito rotuló las de buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado,

prescripción, imposibilidad de condena en costas, la genérica, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, y compensación (Fols. 146 a 159 archivo No 01).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de mayo de 2022, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a Elvia Bueno, la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor Luis Antonio Sierra Ponguta a partir del 01 de noviembre de 2016, en cuantía del 100% de la mesada pensional que aquel venía percibiendo, junto con los reajustes y aumentos a que hubiere lugar, sumas que deberán indexarse al momento de su pago e inclusión en nómina de la demandante; absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 01 de noviembre de 2016. Finalmente condenó en costas a Colpensiones (fls. 1 y 2 acta archivo No 09, con audiencia virtual, archivo No 08).

Entrando en materia frente al reconocimiento pensional, hizo alusión a que de conformidad con el criterio jurisprudencial, la pensión de sobrevivientes debe estudiarse con la normatividad vigente al momento del fallecimiento, y como quiera que el señor Luis Antonio Sierra Ponguta falleció el 19 de enero de 1999, le resulta aplicable el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, cuyas exigencias pasó a verificarlas en el sub examine, encontrando que no fue materia de controversia el hecho de que el otrora ISS, hoy COLPENSIONES le reconoció a Luis Antonio Sierra Ponguta una pensión de vejez en cuantía inicial de \$20.510 a partir de julio de 1988, razón por la cual, se debía verificar si la demandante acredita la calidad de beneficiaria de la sustitución pensional.

En cuanto a los beneficiarios, adujo que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, puede acceder a la prestación la cónyuge o compañera permanente del afiliado, siempre que acredite una convivencia mínima de 2 años anteriores al fallecimiento, salvo que haya procreado uno o más hijos con el fallecido, pero para esto último se requiere que el hijo haya nacido en los 2 años anteriores al fallecimiento. Consideró que el requisito de la convivencia desde el momento en que el causante cumplió las exigencias para obtener la pensión de vejez o invalidez, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1176 de 2001.

En orden a resolver, después de haber realizado las consideraciones frente al concepto de convivencia, le dio la razón a la parte activa, en tanto que entre la demandante y el señor Luis Antonio Sierra Ponguta se logró acreditar la convivencia desde el año de 1992 al mes de enero de 1999, fecha del óbito del señor Luis Antonio Sierra Ponguta, y ello lo extrajo de la testifical de Rocío del Hernández Bueno y Javier Perea Reyes, quienes coincidieron en señalar que la demandante y el causante convivieron juntos desde el año de 1992 en la ciudad de Villavicencio, y que luego se mudaron en 1994 a la ciudad de Bogotá, donde se mantuvieron juntos hasta el año de 1999; que nunca se separaron y que la actora dependía económicamente del señor Sierra Ponguta, además que fue la actora quien lo acompañó en sus últimos días, cuando fue internado en el hospital el Tunal; que pese a que el matrimonio se llevó a cabo el 23 de mayo de 1998, esto es, solo unos meses de anterioridad a la fecha del deceso del señor Luis Antonio Sierra Ponguta, que lo fue el 19 de enero de 1999, no puede perderse de vista que la demandante logró acreditar la convivencia directa con el causante desde el año de 1992, tiempo que supera el exigido por el

artículo 47 de la ley 100 de 1993, en su versión original, por lo cual tiene derecho a la pensión de sobrevivientes que anhela.

Sobre el argumento de defensa de Colpensiones, relativo a que la demandante no logró acreditar la convivencia con el causante para el momento en el cual aquel obtuvo el derecho pensional, consideró que tanto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral como la Corte Constitucional coinciden en que no le era aplicable tal exigencia.

Conforme a lo anterior, concluyó que la señora Elvia Bueno logró acreditar en debida forma los dos años de convivencia con el causante exigidos por el artículo 47 de la ley 100 de 1993 en su texto original.

Así las cosas, procedió a ordenar que COLPENSIONES reconozca la pensión de sobrevivientes en cuantía igual al 100% de la mesada pensional que venía percibiendo el señor Luis Antonio Sierra Ponguta, junto con la indexación por efecto de la pérdida del valor adquisitivo.

Frente a los intereses moratorios adujo que para el 23 de abril de 1999, fecha en que realizó la reclamación, la versión original del artículo 47 de la ley 100 de 1993, exigía el requisito de la convivencia se acredite desde que el causante hubiera adquirido la calidad de pensionado, requisito que solo fue declarado inexecutable con la sentencia C-1176 de 2001, es decir, la entidad demandada para la data en que se reclamó la prestación negó la misma amparada bajo una norma vigente, por lo que no proceden los intereses reclamados.

Declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 01 de noviembre de 2016, por cuanto el fallecimiento del causante fue el 19 de enero de 1999, la entidad negó la prestación a través de resolución No 026294 del 10 de diciembre de 1999 y la demanda se presentó el 01 de noviembre de 2019, es decir, transcurrió más del término trienal, entre la exigibilidad del derecho, la reclamación del derecho, y su negativa, por ende, dedujo que hay lugar a la prosperidad parcial de este medio exceptivo.

5. Impugnación y límites del ad quem. La alzada fue presentada por las siguientes partes procesales:

5.1 Demandante. Manifestó que no se indicó en la sentencia que la sustitución pensional debe reconocerse bajo catorce mesadas pensionales anuales, toda vez que es una pensión reconocida o causada con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005; igualmente, no estuvo de acuerdo con la absolución de los intereses moratorios, ya que se debe tener en cuenta lo establecido en la sentencia SL3130-2020, en la que la Corte Suprema de Justicia, cambió su posición jurisprudencial, indicando que los intereses moratorios no tienen carácter sancionatorio, sino resarcitorio, por lo que incluso los intereses moratorios son procedentes en pensiones con ley 71 de 1988 y Decreto 758 de 1990, por lo que, si bien para la calenda en que fue negada la prestación existía fundamento legal, con base en el nuevo cambio jurisprudencial respecto de los intereses moratorios, inexorablemente proceden tales intereses; que el valor del retroactivo pensional a la fecha de proferir la sentencia asciende a la suma de \$63.936.021, por lo que debe procederse a determinar la condena en concreto y no en abstracto.

5.2 Colpensiones. Manifestó que se deben estudiar todos y cada uno de los testimonios rendidos en el proceso, toda vez que cada uno de ellos fueron familiares y por el grado de consanguinidad no tendrían que tenerse en cuenta; que la demandante contrajo matrimonio con el causante en un tiempo relativamente corto antes de fallecer aquel; que para la fecha en que la actora reclamó el derecho estaba vigente el requisito exigido por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, ya que solo fue declarado inexecutable con la sentencia C-1177 de 2001.

6. Alegatos de conclusión. Colpensiones presentó alegatos solicitando que se revoque la decisión de instancia y se absuelva de todas las pretensiones, ello con fundamento en que los testimonios no son susceptibles de credibilidad ya que son familiares de la demandante, razón por la que no cumple los presupuestos para causar la prestación.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 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 a favor de COLPENSIONES en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La señora ELVIA BUENO reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor LUIS ANTONIO SIERRA PONGUTA (QEPD)? En caso afirmativo, (ii) ¿Proceden los intereses moratorios o la indexación?

Fallecimiento

El señor Luis Antonio Sierra Ponguta (Q.E.P.D) falleció el 19 de enero de 1999, según registro civil de defunción obrante a folio 18.

Normatividad aplicable

Como claramente lo asienta la jurisprudencia del máximo tribunal al puntualizar: "*el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la ley que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado.*" (SL4559-2019).

Ello así, al *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su tenor original, pues el causante falleció el 19 de enero de 1999.

Normativa que dispone que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común que fallezca.

Calidad de pensionado

Se encuentra demostrado que el señor Luis Antonio Sierra Ponguta (Q.E.P.D), ostentaba el estatus de pensionado, en razón a que el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, le reconoció pensión de vejez a partir del 15 de julio de 1987,

conforme Resolución N° 03067 del 24 de julio de 1988 (Fol. 7 a 8 archivo No GRP-HPE-EV-expediente administrativo).

Conforme con lo anterior, es claro que el señor Luis Antonio Sierra Ponguta (Q.E.P.D) dejó causado la pensión de sobrevivientes.

Requisitos de la pensión de sobrevivientes - cónyuge de pensionado

Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de dos (2) años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho, salvo que haya procreado uno o más hijos con el fallecido.

1) Calidad de cónyuge

En el sub lite, tal calidad se encuentra acreditada con el registro civil de matrimonio que descansa a folio 16, en la que se establece que contrajeron matrimonio el 23 de mayo de 1998, sin reportarse ninguna nota marginal, aunado a que, el eje toral de discusión es el lapso de la convivencia, aspecto que se dilucidará más adelante.

2) Convivencia

Este requisito constituye el eje central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Elvia Bueno, en calidad de cónyuge superstita a reclamar la pensión de sobrevivientes ante el extinto ISS, hoy COLPENSIONES, dicha entidad mediante resolución No 026294 del 10 de diciembre de 1999, le comunica que *"no es procedente conceder la prestación solicitada, por CUANTO EL SOLICITANTE NO HACIA VIDA MARITAL CON EL CAUSANTE DESDE CUANDO ADQUIRIÓ EL DERECHO A LA PENSION QUE RECIBIA"* (Fols. 13).

En ese orden, resta para la Sala verificar el cumplimiento de la convivencia de la reclamante Elvia Bueno como a continuación se detallará.

Respecto de este tema, es preciso connotar que en efecto el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original exigía que en el caso del pensionado, estuviere haciendo vida marital con el causante *"por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez"*, lo que traduce en el sub examine que debía acreditar la actora que estuvo haciendo vida marital con el señor Luis Antonio Sierra Ponguta (Q.E.P.D) desde por lo menos el 15 de julio de 1987, lo que no se lograría acreditar, debido a que la convivencia que pregonaba la actora inició desde agosto de 1992; empero, debe decirse que tal apartado de la versión original del referido artículo 47 de la Ley 100 de 1993, fue

declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C- 1176 de 2001, quien concluyó al respecto que:

"La Corte considera además que la condición que viene impuesta por la norma incluye un elemento perturbador del principio de la presunción de buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, pues supone que todo aquel que inicia vida marital con el pensionado, después de que éste ha adquirido el derecho a la pensión, concibe la intención fraudulenta de ser el titular de dicha prestación. Se desconoce también por esta vía el derecho legítimo de quien decide iniciar vida de pareja con el pensionado, sin previo conocimiento de que éste es titular de una pensión de vejez o invalidez, hipótesis que también resulta atentatoria del principio de presunción de buena fe.

El enjuiciamiento que se desprende de la expresión sub exámine constituye una generalización intolerable desde la perspectiva constitucional, que sacrifica los derechos de personas a las que mueve un verdadero espíritu de convivencia cuando deciden unir sus vidas, dedicándose de lleno y por completo al cuidado de su pareja hasta el momento de su muerte, por lo que debe ser retirada del ordenamiento jurídico".

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL853-2013, trae a colación lo dicho en la sentencia de radicado No 31916 del 2 de julio de 2008, misma que hace referencia a la de radicado No 10406 del 17 de abril de 1998, en la que se adoctrinó que tal requisito establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, no era aplicable a quien antes de la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, tenían adquirido el status de pensionado, e incluso tal posición surgió con anterioridad a la declaratoria de inexecutable de la Corte Constitucional a través de la sentencia C-1176 de 2001:

"Sobre el particular, importa anotar que, como lo tomó en consideración el Tribunal, aun con antelación a la decisión que excluyó del mundo jurídico la antes señalada disposición legal, esta Sala de la Corte ha venido sosteniendo que no era aplicable esa exigencia que contemplaba el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en aquellas situaciones en que la convivencia y la calidad de pensionado se hubiesen configurado antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones del Sistema de Seguridad Social Integral consagrado por la Ley 100 de 1993".

Bajo el anterior panorama, lo primero que viene a propósito colegir es que es equivocada la postura del ISS, hoy COLPENSIONES esgrimida en la resolución No 026294 del 10 de diciembre de 1999 (Fol. 13) al haber negado la prestación exigiéndole a la actora acreditar la vida marital con el causante desde cuando aquel adquirió el derecho pensional, pues nótese que tal exigencia no le era exigible, incluso antes de haber sido excluida del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional, aspecto que conlleva en el sub examine a tener por superada tal discusión, y en consecuencia, se entrará a verificar sí la actora acredita el lapso mínimo exigido por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, esto es, los dos años de convivencia inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del señor Luis Antonio Sierra Ponguta (Q.E.P.D).

Al respecto, el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de "*ser miembro del grupo familiar*", para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en todos los eventos, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "*ser miembros del grupo familiar*", y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

De forma que, en el sub examine la parte actora esgrime que la convivencia inició desde agosto de 1992, y se mantuvo hasta el óbito del señor Luis Antonio Sierra Ponguta (19/01/1999), y para ello trae al cartulario las testificales de Javier Perea Reyes y Rocío del Pilar Hernández Bueno, con las cuales pretende configurar el derecho reclamado.

Entre tanto la parte antagonista y apelante sostiene que no se encuentra acreditada la vida en común de la reclamante y el causante, y además que los testigos fueron familiares y por el grado de consanguinidad no deberían tenerse en cuenta.

Así las cosas, para efecto de verificar la convivencia "real y efectiva", se debe demostrar por la parte actora que lo expresado en el libelo genitor trascendió de la formalidad, es decir, que se constate que, durante ese lapso de tiempo, se haya mantenido vivo y actuante su vínculo, mediante el auxilio mutuo, entendido este como acompañamiento espiritual y moral permanente, apoyo económico y vida en común, lo que logra extraerse de las testificales, como a continuación se detalla.

El señor Javier Perea Reyes esposo de Alexandra Hernández Bueno, hija de la reclamante, manifestó que conoció a la señora Elvia Bueno desde mediados del año 1985 en la ciudad de Villavicencio, y que para el año de 1992 la demandante empezó a convivir con el señor Luis Antonio Sierra, primero en Villavicencio en el Barrio la Esperanza por unos años, luego se trasladaron a Bogotá por allí en el año de 1994; que en Bogotá vivieron en un barrio que queda en la primera de mayo, en un apartamento ubicado en un segundo piso de un depósito, el cual era de propiedad de un hijo del señor Luis Antonio, y posteriormente, se fueron a vivir a Patio Bonito,

por un sector que se llama Dindalito en una casa que compró el causante; manifestó que le consta la convivencia, ya que su esposa trabajaba y la suegra era quien le cuidaba a su hijo mayor cuando salía del jardín, y que a diario se saludaban, a veces se tomaban un "tinto y hablar un rato"; que la pareja *"siempre compartieron su habitación, nunca supe o nunca vi yo que estuviera uno en una habitación y él en una habitación y ella, no. (...) en los momentos en que yo estuve siempre vi que compartían su habitación normal como una pareja de marido y mujer"*; que el señor Luis Antonio Sierra falleció producto de un cáncer en el Hospital el Tunal y que las exequias fueron en la ciudad de Cali por común acuerdo entre la demandante y uno de los hijos del señor Luis Antonio Sierra; que la pareja Sierra Bueno asistió a su matrimonio, manifestando que *"estoy casi seguro de que es mi padrino de matrimonio"*.

En relación con la deponente Rocío del Pilar Hernández Bueno, hija de la demandante, expresó que su mamá administraba unas cabañas en Villavicencio y allí se conocieron con el señor Luis Antonio Sierra; que ellos empezaron a convivir muy rápido, inicialmente en Villavicencio en el Barrio la Esperanza, y posteriormente en Bogotá, más o menos en el año 95 o 95; que ella pasó un gran tiempo de su infancia con su mamá y el señor Luis, ya que tenía aproximadamente 15 o 16 años; que en Bogotá residían inicialmente en un apartamento ubicado en una casa de propiedad de un hijo del señor Luis, el cual queda cerca a la primera de mayo, y posteriormente se fueron a vivir a Patio Bonito en un sector llamado Dindalito, en una casa que compró el señor Luis; que su mamá y el señor Luis se casaron por la iglesia católica, ya que *"siempre fueron muy arraigados a la tradición"*; que el señor Luis Antonio Sierra se enfermó a finales del año 1998 y estuvo hospitalizado en el Hospital Tunal, donde falleció a inicios del año 1999; que su mamá estaba con él todo el tiempo, y que *"Los hijos sí estaban algunas veces, preguntaban, llamaban, pero mi mamá era la que estaba siempre con Luis Antonio"*; que el sepelio fue en la ciudad de Cali por acuerdo con el hijo de don Luis, *"inclusive nos fuimos en uno de los carros de ellos hasta Cali. Y allá se hizo todo ese proceso funerario"*; que su mamá durante la convivencia con el señor Luis, era ama de casa, dependía económicamente de los ingresos del señor Luis, y *"de vez en cuando cuidaba a mi sobrino"*.

A juicio de la Sala tales dichos fueron espontáneos y no se aprecian contradicciones, al contrario, guardan plena coincidencia con lo expresado por la actora en el interrogatorio de parte, se itera, dan cuenta que, en efecto, la convivencia inicio aproximadamente en el año de 1992 y se mantuvo hasta el 19 de enero de 1999.

Aprecia la Sala que las testimoniales conducen a reconocer mérito de convicción, por ser congruente con las aserciones de la misma demandante, y porque tenían una relación cercana con la pareja, siendo claro para esta Colegiatura que tal relación de cercanía o familiaridad, implica que el análisis de sus declaraciones en el proceso se haga con mayor rigor, en términos del artículo 211 del CGP que enseña: *"El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso"* teniendo en cuenta las *"circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas"*, y conforme lo señalan las reglas de la sana crítica, aspectos que no se encuentra que el fallador de instancia haya socavado, por el contrario, una vez valorada la prueba testimonial en esta instancia, se llega a la misma conclusión de la cognoscente de instancia, sin que logre la parte demandada enervar la solidez, contundencia y

espontaneidad en punto a la convivencia configurada con los dichos de las testigos traídas al diligenciamiento.

Finalmente, no es de recibo para la Sala que se deba desestimar el dicho de los testigos por su vínculo familiar, máxime cuando ni siquiera en la oportunidad procesal se tachó a los mismos, manifestando la inconformidad solo a través del recurso de alzada, además, nótese que ninguna contradicción se desprende de las testimoniales, ya que al unísono dan cuenta que la demandante inició la convivencia con el señor Luis Antonio Sierra desde el año de 1992, inicialmente en la ciudad de Villavicencio y posteriormente en la ciudad de Bogotá, coincidiendo los lugares donde habitó la pareja, no conocieron de separaciones o rupturas en su relación, incluso, dieron cuenta de que fue la demandante quien acompañó al señor Luis Antonio Sierra en sus últimos momentos durante su enfermedad en el Hospital el Tunal, donde falleció el 19 de enero de 1999; asimismo, a pesar de que las exequias se llevaron a cabo en la ciudad de Cali, fue por acuerdo con uno de los hijos del óbito, lugar donde asistió la demandante y la deponente, lo que denota que la convivencia sí se presentó en la manera como lo relataron los testigos de forma unánime, pues se itera, ninguna contradicción refulge del dicho de los testigos con el dicho de la actora en el interrogatorio.

Ahora, en lo referente a que el matrimonio aconteció a pocos meses de fallecer el señor Luis Antonio Sierra, cumple precisar que ello de ninguna manera enerva la convivencia demostrada por la actora desde el año de 1992 hasta el 19 de enero de 1999, lapso más que suficiente para acreditar el requisito de dos años a que refiere el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, incluso, haciendo abstracción del vínculo conyugal, en nada cambia la decisión, ya que se itera, el requisito exigido es de dos años de convivencia anteriores a la fecha de deceso del causante, independiente de si es cónyuge o compañera permanente, el cual logra acreditar con creces la parte activa, razón por la cual, no tiene vocación de prosperidad la alzada propuesta por Colpensiones.

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 ELVIA BUENO convivió con el señor Luis Antonio Sierra Ponguta (Q.E.P.D) desde el año de 1992, y por espació superior a los 2 años anteriores al deceso (19/01/1999).

Visto lo anterior, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, a partir del 19 de enero de 1999, y sobre el 100% de la prestación económica que percibía Luis Antonio Sierra Ponguta (Q.E.P.D) para el momento de su fallecimiento, esto es, \$241.439, valor que se encuentra luego de actualizar el valor del monto pensional que le venía siendo reconocido para el año de 1998, conforme se evidencia del comprobante de pago visible a folio 10 archivo GRP-HPE-EM del expediente administrativo. Precizando que una vez realizado el reajuste, se encuentra que para el año 2002, la pensión asciende a la suma de \$308.740, mientras que el salario mínimo legal para esa anualidad estaba en \$309.000, razón por la cual, la prestación se reconocerá sobre un salario mínimo legal mensual vigente, como a continuación se procederá.

En cuanto a la **excepción de prescripción**, tenemos que en efecto se encuentran afectadas con tal fenómeno jurídico algunas mesadas, dado que las mismas se causaron a partir del 19 de enero de 1999; no obstante, como se propuso la

excepción de prescripción y la juez primigenia determinó que las mesadas anteriores al 01 de noviembre de 2016 se encuentran prescritas, cumple relieves que, las mesadas se causaron a partir del 19 de enero de 1999, data desde la cual se hizo exigible el derecho y en vista de que se elevó solicitud pensional el **23 de abril de 1999** (fol. 13), que fue resuelta a través de resolución No 026294 del 10 de diciembre de 1999 (fols. 13), sin que se haya interpuesto los recursos de ley, y sin que obren solicitudes posteriores, y como quiera que entre esta última resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 01 de noviembre de 2019 (fol. 39), corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas y exigibles con tres años de antelación a la presentación de la demanda, esto es, las con anterioridad al **01 de noviembre de 2016**, tal como a bien lo consideró la a quo, debiéndose confirmar la decisión en este aspecto.

Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$66.936.018**, correspondiente a las mesadas causadas entre 01 de noviembre de 2016 y el 30 de junio de 2022, y a partir del 1º de julio de 2022 COLPENSIONES deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a \$1.000.000, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión, fue causada con anterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL					
Año	IPC	# mesadas	Valor pensión	Valor pensión (mínimo)	Total Retroactivo (mínimo)
1998	16,70 %		\$ 206.889	\$ 203.826	\$ 0
1999	9,23%		\$ 241.439	\$ 236.460	\$ 0
2000	8,75%		\$ 263.724	\$ 260.100	\$ 0
2001	7,65%		\$ 286.800	\$ 286.000	\$ 0
2002	6,99%		\$ 308.740	\$ 309.000	\$ 0
2003	6,49%		\$ 330.321	\$ 332.000	\$ 0
2004	5,50%		\$ 351.759	\$ 358.000	\$ 0
2005	4,85%		\$ 371.106	\$ 381.500	\$ 0
2006	4,48%		\$ 389.105	\$ 408.000	\$ 0
2007	5,69%		\$ 406.537	\$ 433.700	\$ 0
2008	7,67%		\$ 429.668	\$ 461.500	\$ 0
2009	2,00%		\$ 462.624	\$ 496.900	\$ 0
2010	3,17%		\$ 471.876	\$ 515.000	\$ 0
2011	3,73%		\$ 486.835	\$ 535.600	\$ 0
2012	2,44%		\$ 504.994	\$ 566.700	\$ 0
2013	1,94%		\$ 517.316	\$ 589.500	\$ 0
2014	3,66%		\$ 527.352	\$ 616.000	\$ 0
2015	6,77%		\$ 546.653	\$ 644.350	\$ 0
2016	5,75%	3	\$ 583.661	\$ 689.454	\$ 2.068.362
2017	4,09%	14	\$ 617.222	\$ 737.717	\$ 10.328.038
2018	3,18%	14	\$ 642.466	\$ 781.242	\$ 10.937.388
2019	3,80%	14	\$ 662.896	\$ 828.116	\$ 11.593.624
2020	1,61%	14	\$ 688.087	\$ 877.803	\$ 12.289.242
2021	5,62%	14	\$ 699.165	\$ 908.526	\$ 12.719.364
2022		7	\$ 738.458	\$ 1.000.000	\$ 7.000.000

TOTAL	TOTAL	\$ 66.936.018
--------------	--------------	----------------------

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuenta del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

Intereses moratorios

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."*

Igualmente, en la 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 – negrillas fuera de texto), 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 (Sentencia 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, debe tenerse en cuenta que la negativa del otrora ISS, hoy Colpensiones estuvo afincada en la aplicación minuciosa de la Ley, pues el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su versión original exigía como requisito que la vida marital se acredite desde que el causante cumplió con los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez o invalidez, situación que como quedó

ampliamente explicado al inicio de esta providencia no cumplía la actora, y si bien, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral sostenía que tal requisito no era exigible, no puede dejarse de lado que tal requisito solo fue expulsado del mundo jurídico con la sentencia C-1176 de 2001, es decir, con posterioridad a la reclamación y negativa por parte del ISS, hoy COLPENSIONES, y en ese orden, no hay lugar a los intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que *"el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa"*, en lo que al punto concluye:

"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la entidad demandada cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexada a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos, y tal como lo ordenó acertadamente la juez de primer grado.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional, impartíendose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, ya que, ambas partes fueron recurrentes, sin que haya existido prosperidad en sus pedimentos, en el caso de la parte demandante, en lo que refiere a los intereses moratorios. 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.: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2022 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

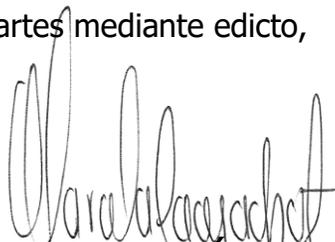
"PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la señora ELVIA BUENO, la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del señor LUIS ANTONIO SIERRA PONGUTA (q.e.p.d), y la suma de **\$66.936.018**, como retroactivo pensional causado desde el 01 de noviembre de 2013 hasta el 30 de junio de 2022. A partir del 1º de julio de 2022, COLPENSIONES, deberá seguir reconociendo una mesada pensional de \$1.000.000, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre.

Parágrafo: COLPENSIONES deberá reconocer la indexación de cada una de las mesadas que componen el retroactivo atrás ordenado, y las que se sigan causando, indexación que correrá desde la causación de cada mesada hasta la fecha del pago efectivo de la obligación".

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ESPECIAL ACOSO LABORAL*
DEMANDANTE: *TATIANA ALEXA RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ*
DEMANDADO: *CONTACT POINT 360 SAS*
RADICACIÓN: *110013105-029-2019-00193-01*
ASUNTO: *APELACIÓN SENTENCIA*
TEMA: *DESPIDO- ACOSO LABORAL*

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora Tatiana Alexa Rodríguez Velásquez a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de agosto de 2011 hasta el 7 de noviembre de 2018, el cual finalizó por causa imputable al empleador, y en consecuencia, se condene a la indemnización por terminación unilateral de que trata el artículo 64 del CST; la indemnización de perjuicios materiales al someterla a conductas de acoso laboral, a un proceso disciplinario y amenaza de acciones penales en su contra; se condene al lucro cesante pasado y consolidado desde la ocurrencia del acoso laboral hasta la fecha de la demanda; que se condene al lucro cesante futuro desde la radicación de la demanda hasta cuando se acredite tener un nuevo contrato de trabajo; al daño moral en cuantía de 100 SMLMV, en relación con la persecución laboral, daño a su salud mental, emocional y psicológica; la indexación; lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que fue vinculada a la entidad demandada mediante un contrato a término fijo inferior a un año desde el 17 de junio de 2017 para ocupar el cargo de Agente Call Center; que el 8 de marzo de 2018, le fue asignada las funciones de Coordinadora de Recursos Humanos, aumentándole su salario a \$800.000, a pesar de la alta responsabilidad y carga laboral excesiva; que el 5 de septiembre de 2018 fue cambiada en toda la entidad la modalidad de contratación, pasando de un contrato a término fijo, a un contrato de trabajo a término indefinido; que el 7 de septiembre de 2018 se encontraba trabajando con y en el computador de la señora Kattia Morales, quien fungía como Gerente de Recursos Humanos, y en ese instante llegó un mensaje de WhatsApp del Gerente, quien manifestó que la actora debía irse de la empresa para final de mes; que a partir de la fecha en que se negó a firmar el contrato a término indefinido, la empresa demandada asumió una persecución laboral, consistente en conducta displicente por parte de la señora Kattia Morales, quien mostraba molestias cuando se le abordaba para hablar sobre cualquier tema laboral, y poco a poco fue mostrando hostilidad, asignándole sobrecarga laboral; que se le quitaron funciones

sin aviso previo; que en la empresa no existía para la época de los hechos el Comité de Convivencia Laboral; que presentó ansiedad y altos niveles de estrés; que el 24 de septiembre de 2018 acudió a atención médica, donde le registraron que presentaba Astenia Adinamia, e igualmente que presentaba sueño interrumpido, exceso de estrés con episodios de cefalea, náuseas, episodios de angustia, entre otros síntomas.

Refiere que recibió atención médica el 25 y 26 de septiembre de 2018 fue atendida medicamente por el diagnostico de episodio depresivo leve, lo que le generó incapacidad medica; que el 30 de octubre de 2018 la empresa demandada citó a descargos a la actora, en el cual se le puso de presente seis cargos; que el 02 de noviembre de 2018 se llevó a cabo la diligencia de descargos, consistiendo el primer cargo en haber coaccionado al trabajador Julio César Salcedo a renunciar; el segundo cargo consistió en que el trabajador Ricardo Andrés Galvis se encontraba para el 12 de octubre de 2018 como no activo en el sistema general de seguridad social en salud; el tercer cargo consiste en haber dejado el computador desbloqueado y expuestos a los empleados de la empresa la información confidencial que estaba bajo su cargo; el cuarto cargo estuvo relacionado con inconsistencias en la base de datos, ya que no aparecía en el registro la trabajadora Fabiola Morales Monge; el quinto cargo tiene que ver con que la señora Andrea Gibelly Mesa tenia doble vinculación laboral, una por obra o labor y otra a contrato a término fijo; y el sexto cargo consiste en que en auditoría realizada el 23 de octubre de 2018 se estableció un aumento salarial a la demandante desde agosto de 2018 sin ser avalado ni aprobado por el empleador; que la empresa demandada le impidió estar asistida por un abogado en la diligencia de descargos; que el 7 de noviembre de 2018 se llevó a cabo el Comité Disciplinario donde se establece que la demandante ha incurrido en faltas gravísimas y deciden dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa; que el 31 de octubre de 2018 presentó queja de persecución laboral ante el Ministerio del Trabajo; que el 23 de enero de 2019 solicitó al Ministerio del Trabajo se suspendiera la actuación para someter su caso a la administración de justicia a través del presente proceso (Fols. 146 a 165 y 334 a 354).

2. Contestación CONTACT POINT 360 SAS: Presentó contestación a la demanda, manifestando que si bien existió una relación laboral con la actora, la misma tuvo ocurrencia a través de un contrato a término fijo inferior a un año entre el 17 de julio de 2017 y el 7 de noviembre de 2018, y no desde la fecha que manifiesta la parte actora en la demanda; asimismo que el contrato finalizó con una justa causa comprobada imputable exclusivamente a la trabajadora por un incumplimiento a las funciones propias de su cargo previo desarrollo del debido proceso disciplinario, por lo que no hay lugar a indemnización alguna; que el hecho de haberla citado a una diligencia de descargos no constituye conducta de acoso laboral; que las pretensiones referidas a lucro cesante, perjuicios materiales y daño moral no se encuentran establecida en la normatividad laboral vigente de forma directa, sino que se encuentra inmersa en la indemnización de que trata el artículo 64 del CST, el cual no le es aplicable a la actora por haberse terminado el contrato de trabajo con justa causa. Como excepciones de mérito rotuló la de mala fe de la demandante, enriquecimiento ilícito, enriquecimiento sin justa causa, cobro de lo no debido, buena fe del demandado, indebida acumulación de pretensiones, y la genérica (Fols. 176 a 197, y 359 a 373).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de abril de 2021, mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la

demandante Tatiana Alexa Rodríguez Velásquez y Contact Point 360 SAS desde el 17 de junio de 2017 hasta el 8 de noviembre de 2018, absolvió a la demandada del resto de pretensiones incoadas y condenó en costas a la demandante.

Su decisión se basó en análisis en conjunto de elementos probatorios, inicialmente adujo que quedó acreditada la existencia de la relación laboral entre la demandante y Contact Point 360 S.A.S., por el lapso del 17 de junio de 2017 y el 08 de noviembre del 2018, aspecto que fue aceptado por la demandada.

Frente al tema de la terminación del contrato de trabajo después de hacer las respectivas consideraciones en torno al debido proceso, en especial de lo discurrido en la sentencia C-593 de 2014, concluyó que no se evidencia vulneración a tal derecho como lo alega la demandante, dado que tuvo la oportunidad de solicitar prórroga de la diligencia de descargos, la cual le fue concedida, así como también se le corrieron traslado de las pruebas que sustentaban los cargos endilgados.

En lo que tiene que ver con los cargos formulados, adujo que en la citación a descargos se le enrostraron seis conductas; no obstante, encontró que la referida a la coacción a renunciar realizada sobre el señor Julio César Salcedo daba lugar a tener como falta grave y por ende como justa causa para la terminación del contrato, pues en el proceso se allegaron correos electrónicos por la misma parte demandante, en la que se sugiere al trabajador que presente la renuncia, y de tal circunstancia informó a la Gerente de Talento Humano en los siguientes términos: *"se le explico al agente las circunstancias y él accedió a presentar su carta de renuncia"*, cuando la instrucción fue llevar a cabo la terminación del contrato de trabajo. Sobre el tema consideró el a quo que la renuncia es un acto voluntario del trabajador, que *"no admite la más mínima insinuación o argumento que pueda influir su voluntad, cualquier conducta desplegada en tal sentido, debe ser considerada como falta grave por ser violatoria del derecho del trabajo y las normas legales y constitucionales que lo amparan. Por lo anterior, la conducta desplegada por la demandante en tal sentido, es de tal gravedad, que por sí sola se constituye en justa causa de terminación del contrato de trabajo"*.

En ese orden, se relevó de hacer referencia a las demás causales, pues bastaba con la anterior para proceder a la finalización del contrato de trabajo con justa causa, aunado a que no quedó demostrado que la actora no hubiere incurrido en las demás causales, pues así se logra extraer de la prueba documental acopiada.

En lo que tiene que ver con la conducta de acoso laboral e indemnizaciones solicitadas, estimó que no se logró configurar alguna conducta de acoso laboral de que trata la Ley 1010 de 2006, ello en la medida en que no se encuentra probado que se hayan generado situaciones permanentes, persistentes o conductas que puedan calificarse como de acoso laboral; que el hecho de citarla a una diligencia de descargos no configura acoso laboral, asimismo, el cambiar de modalidad de contrato, esto es, de término fijo a término indefinido tampoco representa acoso laboral ni vulneración de los derechos a la trabajadora, sino por el contrario afianza su estabilidad laboral; que si bien se presentó una situación tensa entre Katia y el equipo de trabajo, no era una situación en un solo sentido, sino de parte y parte, es decir había una animadversión entre una y otra trabajadora, pero no se demuestra que se hubiesen dado esas conductas de acoso laboral de manera permanente y repetitiva contra la aquí demandante, por lo tanto, no se logra configurar el acoso laboral pretenso.

En cuanto al pago de los perjuicios morales, no encontró el despacho prueba que demuestre la afectación grave que aduce la demandante y que conlleve a la prosperidad de los perjuicios, aunado a que, de la historia clínica aportada por la demandante, se deja entrever que el estrés que aduce la actora no solo es por el ambiente laboral sino también por alguna situación particular de su familia, no existiendo pruebas distintas que demuestren lo manifestado por la parte demandante; que igualmente, en una de las comunicaciones aportadas al proceso se le indica a la demandante que no debe laborar más de las horas reglamentarias, por lo que, de ninguna manera se dan los presupuestos necesarios para condenar a la empresa demandada al pago de perjuicios, tanto materiales como morales.

6. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó inconformidad por la parte actora, quien manifestó que el fallo es contraevidente con las pruebas aportadas al proceso; que la empresa no hizo nada en relación con una situación que se perpetuó durante toda la relación, desde que llegó la jefe de la demandante hasta la terminación del vínculo laboral; que existe una disposición legal que establece que las empresas deben tener un comité de convivencia, y la entidad demandada no tenía tal comité en la época en que acaecieron los hechos, punto que no fue abordado por el Despacho; que no se valoró la prueba con sana crítica, ya que si la Juez está diciendo que había una animadversión, ¿cómo es posible que entendamos que a pesar de una animadversión que existe entre dos personas, no se pueda establecer qué calidad tenía cada una para establecer quién estaba en desventaja?; que la señora Katia Morales llega y toma una cantidad de decisiones para que la demandante, primero, salga de unas oficinas, la mande a un cubículo aparte de su grupo de trabajo, la aparte de ellas, y la deje absolutamente sola; que debe tenerse en cuenta que un trabajador siempre va a ser la parte débil en relación con la empresa; que no se tuvo en cuenta el testimonio de la señora Laura Alejandra Miranda, aportado por la parte demandante, en donde ella bajo la gravedad de juramento, de manera contundente, clara y con detalle, dijo haber trabajado en la fecha de los hechos en la empresa demandada, testigo sobre la cual no se dijo absolutamente nada dentro del fallo; que casualmente, a la única que se deja por fuera del equipo de trabajo de la Jefe de Recursos Humanos es a la demandante, lo que deja entrever lo evidente de un acoso laboral; que la señora Katia Morales a pesar de existir un correo electrónico del 7 de septiembre de 2018 enviado por el señor Alzid Mirza a la señora Katia Morales, donde dice: "Tatiana has to go the end of the month", lo cual quiere decir, que Tatiana debía salir para final de mes, la testigo dice no recordar, lo cual hace ver la mala fe de la señora Katia Morales y la mala fe de la empresa; que la demandante manifestó la existencia de un estrés laboral, pero que también existían otras situaciones de orden familiar que la podrían estar afectando, esto jamás puede mirarse como algo que le quite fuerza a la prueba en relación con el acoso laboral; que el 17 de junio de 2017, la demandante sin entrenamiento alguno, ni orientación laboral, le cambian el cargo y le asignan funciones de recursos humanos para que manejara todo lo que tiene que ver con recursos humanos, por lo que, ella tenía que hacer lo que ella consideraba que debía hacer sin tener el conocimiento ni la orientación laboral, y a pesar de ello llega a unas situaciones de estrés laboral, de afectación mental, psíquica y moral que quedaron demostrados dentro del juicio, y llega la señora Katia Morales quien ejerció unas conductas claras de acoso laboral; que la actora estaba sometida a un estrés y a un problema psíquico y emocional muy grave, sufría de acoso laboral constante, tenía problemas de sueño y una cantidad de cosas que se vieron ahí dentro de la parte clínica; que en los descargos se le manifestó la existencia de un posible delito,

el cual eso es una circunstancia gravísima, obviamente de afectación de los derechos fundamentales de la demandante, y en este caso al debido proceso, ya que a la persona no se le podía amenazar de acciones penales, o de dejarlas por ahí insinuadas, que podía tener acciones penales en su contra para que dijera lo que tuviera que decir en su defensa; que el hecho de que a un trabajador se le trate con desdén y antipatía, como lo manifestó la testigo Laura, configura acoso laboral; solicita finalmente, que se revoque en su integridad la decisión de primera instancia, y en su lugar, se condene ejemplarmente a la parte demandada.

7. Alegatos de conclusión. La parte demandante presenta alegatos de conclusión solicitando la revocatoria de la decisión de primer grado y en su lugar se acceda a las pretensiones, con fundamento en que se le endilgo una serie de responsabilidades en un corto tiempo, sin ninguna clase de capacitación, adicionalmente quedó evidenciado el acoso laboral por parte de su jefe directa.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 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.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿Se acredita la existencia de una conducta configurativa de acoso laboral ejercida contra la demandante por parte de la Gerente de Recursos Humanos de CONTACT POINT 360 S.A.S., Sra. Kattia Morales? (ii) ¿La terminación del contrato de trabajo de que fue objeto la actora fueron como retaliación de las presuntas conductas de acoso laboral de la que la actora manifiesta fue ejercida por Kattia Morales? (iii) ¿Las conductas enrostradas por la contendiente judicial por activa tienen la naturaleza de persistentes en los términos que señala la Ley 1010 de 2006?

EXISTENCIA DE ACOSO LABORAL

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute la existencia de la relación laboral entre la actora y CONTACT POINT S.A.S., por el lapso comprendido entre el 17 de junio de 2017 al 8 de noviembre de 2018, pues así fue determinado por la a quo, sin que haya sido objeto de disenso por las partes; aunado a que de ello da cuenta la documental de folios 4 a 10, contentiva del contrato de trabajo y la aceptación que en tal sentido efectuara la pasiva en la contestación de la demanda. Tampoco es objeto de discusión que mediante documento del 7 de noviembre de 2018 se terminó el contrato de trabajo con justa causa (Fols. 139).

Debe precisarse que el recurso de alzada se sustenta en la configuración de la conducta de acoso laboral, sin hacer reproche respecto a la justa causa de la terminación del contrato de trabajo, por lo que, de ninguna manera puede la Sala entrar a verificar si la finalización lo fue con justa o sin justa causa.

Al respecto basta con señalar, que como ya lo ha decantado la Sala, la parte recurrente tiene el deber de sustentar y centrar su actividad argumentativa para destruir los fundamentos en los que el Juez de primera instancia basó la decisión. No obstante, en el sub-examine la parte pasiva se limitó únicamente a plantear la

referida inconformidad en lo atinente al acoso laboral, sin fundamentación alguna respecto a los demás argumentos que dieron lugar a la absolución, entre ellos, la consideración de haberse cometido una falta grave que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, en este sentir, nuestro máximo órgano de la jurisdicción laboral en sentencia del 10 de agosto de 2010, Radicación 34215, señaló:

*"Al margen de lo anterior, resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los motivos de inconformidad para que esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente, **no es de recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada**". (Negrilla y Subrayas ex-texto)*

Por lo tanto, esta Corporación encuentra limitada su competencia para manifestarse respecto a puntos diferentes al acoso laboral, pues de acuerdo a lo establecido con anterioridad, el recurrente no sustentó en debida forma su inconformidad respecto de otros puntos como la calificación de grave respecto a la conducta constitutiva de justa causa, pues la simple afirmación escueta de que se remite a los alegatos de conclusión, o que se revoque la sentencia de primera instancia y se emita una condena ejemplar, no abre camino para el estudio por vía de apelación de cada una de las pretensiones de la demanda que fueron objeto de absolución.

Así las cosas, la Sala se adentrará al estudio de la existencia de la conducta de acoso laboral pretendida.

Inicialmente es menester señalar, que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1010 de 2006, el objeto de la denominada Ley de Acoso Laboral es *"definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo, y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de la relación laboral privada o pública"*.

En ese orden de ideas, una interpretación tendiente a desentrañar la inteligencia de la Ley 1010 de 2006 permite evidenciar que su finalidad es definir, prevenir, corregir y sancionar las conductas constitutivas de acoso laboral. La prevención supone la determinación de las medidas que las empresas y las entidades públicas deben adoptar para evitar que en el desarrollo de las relaciones laborales surjan situaciones de acoso laboral; la corrección comporta el establecimiento de mecanismos de identificación de hechos constitutivos de acoso laboral y la solución amigable de los mismos antes de acudir a procedimientos disciplinarios o de sanción, y la sanción implica el seguimiento del trámite estipulado en la ley para castigar a los agresores.

En el artículo 2º de la citada normativa, se define el concepto de acoso laboral, precisando que *"(...) se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar*

perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”.

Ahora bien, el artículo 7º ibídem establece ciertos casos, eventos o conductas en los cuales el acoso laboral se presume, eximiendo por tanto, a quien lo alega, de desplegar una actividad probatoria enderezada a ello, pues le basta a aquel con demostrar la ocurrencia de uno de los supuestos fácticos establecidos por la norma para que opere la presunción, misma que al ser del orden legal –iuris tantum- admite prueba en contrario, norma que fue objeto de análisis constitucional, mediante sentencia C-780 de 2007, la cual dispone:

"Se presumirá que hay acoso laboral si se acredita la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las siguientes conductas:

- a) Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias;*
- b) Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social;*
- c) Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;*
- d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo;*
- e) Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;*
- f) La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo;*
- g) Las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;*
- h) La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona;*
- i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;*
- j) La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados;*
- k) El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;*
- l) La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor;*
- m) La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos;*
- n) El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.*

"En los demás casos no enumerados en este artículo, la autoridad competente valorará, según las circunstancias del caso y la gravedad de las conductas denunciadas, la ocurrencia del acoso laboral descrito en el artículo 2°.

"Excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. La autoridad competente apreciará tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales.

"Cuando las conductas descritas en este artículo tengan ocurrencia en privado, deberán ser demostradas por los medios de prueba reconocidos en la ley procesal civil¹.

Además, en el referido fallo de constitucionalidad dicha Alta Corporación, refiriéndose al citado artículo, expuso:

"El contenido normativo de la disposición es, entonces, el siguiente: (i) cuando se acredite la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las actuaciones enumeradas en el propio artículo 7° de la Ley, existirá una presunción de acoso laboral; (ii) cuando se trate de la ocurrencia de una actuación que no se encuentre taxativamente contemplada en la disposición, debidamente acreditada, la autoridad tiene la facultad de valorar si la misma, dada su gravedad, configura acoso laboral, de conformidad con la definición que se hace del mismo en el artículo 2° de la Ley; (iii) cuando la denuncia se produzca por la ocurrencia de una única conducta hostil, la autoridad deberá apreciar tal circunstancia y la valorará según su gravedad, por su capacidad de ofender por sí sola los derechos fundamentales del denunciante y determinará si la misma constituye o no acoso laboral; y, por último, (iv) cuando tales comportamientos -enumerados en la disposición- acaezcan en privado, la presunción no operará y, en consecuencia, la ocurrencia del hostigamiento deberá ser demostrada por los medios de prueba reconocidos en el Código de Procedimiento Civil, de suerte que si cualquiera de estas conductas logra ser acreditada, la autoridad competente deberá tenerla por acoso laboral."

Aplicando el anterior criterio jurisprudencial, procede la Sala a verificar si la actora cumplió con la carga probatoria que le corresponde, esto es, demostrar que la Gerente de Recursos Humanos, quien ejercía funciones de jefe inmediata de la quejosa, incurrió en alguna de las conductas alegadas en la demanda, descritas en el artículo 7° de la ley 1010 de 2006, requisito imprescindible para que opere la presunción de acoso laboral alegado. No obstante, una vez realizada la evaluación

¹ La Ley también dispone explícitamente las conductas que no constituyen acoso laboral. Artículo 8°. *Conductas que no constituyen acoso laboral. No constituyen acoso laboral bajo ninguna de sus modalidades:*

a) Las exigencias y órdenes, necesarias para mantener la disciplina en los cuerpos que componen las Fuerzas Públicas conforme al principio constitucional de obediencia debida; // b) Los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos; // c) La formulación de exigencias razonables de fidelidad laboral o lealtad empresarial e institucional; // d) La formulación de circulares o memorandos de servicio encaminados a solicitar exigencias técnicas o mejorar la eficiencia laboral y la evaluación laboral de subalternos conforme a indicadores objetivos y generales de rendimiento; // e) La solicitud de cumplir deberes extras de colaboración con la empresa o la institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles en la operación de la empresa o la institución; // f) Las actuaciones administrativas o gestiones encaminadas a dar por terminado el contrato de trabajo, con base en una causa legal o una justa causa, prevista en el Código Sustantivo del Trabajo o en la legislación sobre la función pública // g) La solicitud de cumplir los deberes de la persona y el ciudadano, de que trata el artículo 95 de la Constitución. // h) La exigencia de cumplir las obligaciones o deberes de que tratan los artículos 55 a 57 del C.S.T, así como de no incurrir en las prohibiciones de que tratan los artículos 59 y 60 del mismo Código. // i) Las exigencias de cumplir con las estipulaciones contenidas en los reglamentos y cláusulas de los contratos de trabajo. // j) La exigencia de cumplir con las obligaciones, deberes y prohibiciones de que trata la legislación disciplinaria aplicable a los servidores públicos.

Parágrafo. *Las exigencias técnicas, los requerimientos de eficiencia y las peticiones de colaboración a que se refiere este artículo deberán ser justificados, fundados en criterios objetivos y no discriminatorios."*

del acervo probatorio recaudado, ab initio, concluye la Sala que la accionante no cumplió con el postulado y principio de derecho procesal denominado *onus probandi*, puesto que ninguna de las pruebas testimoniales ni documentales recaudadas, acreditan hechos que constituyan trato hostil en contra de la trabajadora, del cual se derive el alegado acoso laboral.

Ello es así porque, el primer reproche que alega la parte actora es que en la entidad no existía un comité de convivencia laboral, lo cual es cierto, no obstante, ello no configura la existencia del acoso laboral pretensa, pues el incumplimiento de la conformación del comité de convivencia en la empresa demandada es una situación que se sale del resorte de esta judicatura, pues para ello se expidió la resolución No 652 del 30 de abril de 2012, en cuyo artículo 13 establece sanciones ante el incumplimiento en la creación del comité de convivencia, empero, su imposición le corresponde al Ministerio del Trabajo como autoridad administrativa y no a esta judicatura, por ende, la alzada consistente en querer edificar la existencia de la conducta de acoso laboral por el hecho de que la entidad no haya conformado el Comité de Convivencia, no sale a flote.

Ahora, otro de los reproches a que alude la activa es a la indebida valoración del testimonio de Laura Alejandra Miranda Cajamarca, con el cual se prueba, a su juicio, las conductas de acoso laboral; sin embargo, una vez escuchado tal testifical, no puede la Sala darle la trascendencia que le imprime la recurrente, pues la mayoría de sus respuestas no son sustentadas en lo que haya percibido directamente, sino que infiere a su parecer lo que aconteció, por ejemplo, al preguntarle si sabe o le consta por qué terminó el contrato de trabajo, respondió que **"lo que entiendo es que fue una terminación por parte de la empresa (...) y también sé que hubo un tipo de acoso laboral hacia ella, porque, pues, lo que yo evidenciaba era que básicamente tenía largas horas de trabajo"**.

Tal afirmación pierde fuerza probatoria si tenemos en cuenta el documento de folio 77, en el que Kattia Morales le responde un correo a la actora con fecha 27 de septiembre de 2018, que dice: *"he visto correos tuyos después de las 8pm y te reitero que por el volumen de trabajo actual no es necesario que trabajes fuera de tu horario de 9am a 6pm. Te agradezco el apoyo y el compromiso, sin embargo si puedes maximizar el tiempo en el site sería muy beneficioso para que además logres un balance de vida y trabajo"*, por lo que, no se vislumbra que por requerimiento de la empresa la actora haya tenido que estar largas horas de trabajo como lo afirmó la deponente, máxime que la testigo solo indica de manera general que la accionante tenía largas horas de trabajo, sin especificar si lo era por sobrecarga laboral, es decir, si era producto de una exigencia del empleador y en caso positivo, si estuvo presente en el momento en que se le impartió la instrucción de quedarse más tiempo por fuera de la jornada laboral.

De igual modo, manifiesta la deponente que se presentaron conductas de acoso laboral, ya que *"siempre se evidenció y creo que todos los empleados evidenciamos que había un trato fuerte en cuanto a que no querían que Tatiana se metiera en recursos humanos, o sea, yo lo que entendí o lo que entendíamos desde afuera, era que Katia quería coger el puesto, pues entiendo que la contrataron para eso, y que prácticamente Tatiana, en palabras más coloquiales, le estorbaba. Porque, pues, ella quería tomar el mandato completo. Y su trato hacia ella era muy... muy rudo, o sea, muy como que no se me acerque, no esté en mi oficina, váyase de mi oficina, cosas así. O sea un trato... un trato discriminatorio, no sé, como si quisieran*

hacerla a un lado”, dichos que resultan subjetivos, pues reflejan lo que la testigo “entendió” o “le parece”, ya que nunca informó que en efecto hubiera presenciado conductas o actos de acoso laboral; además, lo relativo a que Kattia Morales “quería coger el puesto” de la demandante, se cae de su propio peso, pues al rendir testimonio la señora Kattia Morales indicó que en ningún momento su vinculación con la empresa era para desarrollar las funciones de Tatiana Rodríguez, pues a ella la habían contratado como consultora, teniendo siempre cargos de nivel gerencial, por lo que su ingreso a la compañía no se efectuó con el fin de realizar las actividades de coordinadora y mucho menos para relevar del cargo a la demandante; afirmaciones que se encuentran respaldadas con la documental de folios 17 a 19, donde obra contrato de prestación de servicios entre la entidad demandada y Kattia Morales, y que deja en evidencia que fue contratada como consultora en recursos humanos, cuyas funciones difieren diametralmente con las contenidas en el contrato de trabajo de la demandante, visible a folios 7 a 9.

Baste lo anterior para desechar el dicho de la testigo Laura Alejandra Miranda Cajamarca, pues en la mayoría de su relato refiere a suposiciones y no a circunstancias concretas que hubiere presenciado, que den lugar a configurar conductas de acoso laboral en contra de la aquí demandante.

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta el artículo 8 de la Ley 1010 de 2006, específicamente el literal f) que refiere a las conductas que no constituyen acoso laboral, entre ellas, *“Las actuaciones administrativas o gestiones encaminadas a dar por terminado el contrato de trabajo, con base en una causa legal o una justa causa, prevista en el Código Sustantivo del Trabajo o en la legislación sobre la función pública”*, que es lo que precisamente acontece en el sub examine, dado que cuando la entidad adelantó el proceso disciplinario a la actora, aquella en la mayoría de sus respuestas aduce que se siente acosada laboralmente; sin embargo, tal como lo determinó el a quo y se infiere de la prueba documental acopiada, algunas de las conductas por las que fue llamada a descargos, quedaron debidamente demostradas, como la referida a que la actora indujo a un trabajador a presentar renuncia, cuando la instrucción era realizar el proceso para terminar su contrato de trabajo, lo cual lleva a la Sala a determinar que de ninguna manera el hecho de que se haya sometido la actora a un proceso disciplinario conlleva a estructurar el acoso laboral suplicado en la demanda.

Asimismo, establece el artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, literal e) que constituye acoso laboral *“Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios”*, empero, como se dijo con anterioridad, el resultado del proceso disciplinario dio lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, sin que se evidencia temeridad en aquel procedimiento, por lo que, se reafirma aún más que el sometimiento a un proceso disciplinario en este caso en particular, no configura acoso laboral.

Por otro lado, hace referencia la actora a la historia clínica (21 a 29) donde refiere que estaba sometida a estrés y a un problema psíquico y emocional muy grave; sin embargo, no se puede aisladamente tener en cuenta el “motivo de la consulta” como diagnóstico, que es lo que hace el apoderado judicial, pues el motivo de la consulta es el relato de la actora, en el que en efecto hace alusión a que tiene mucho estrés y que el trabajo la está afectando bastante, pero en los diagnósticos, ninguno refiere a que la causa sea laboral, pues en el reportado a folio 28 hace relación a “problemas

relacionados con otros hechos estresantes que afectan a la familia y el hogar” “enfermedad general”, lo que reafirma que el tema del estrés no necesariamente tenía una causa laboral como lo refiere la actora, sino que también lo era por circunstancias de índole familiar, y sin restarle trascendencia al tema laboral, para efectos del presente proceso no encuentra la Sala como concatenar el estrés laboral referido por la actora en la historia clínica con el trabajo desarrollado, máxime que el proceso disciplinario tuvo sustento probatorio y dio cuenta de la falta grave cometida por la demandante, luego, difícil resulta para la Judicatura tener como cierto el estrés laboral y configurar acoso laboral con la versión de la actora en la historia clínica.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en materia de acoso laboral se presume que la terminación del contrato de trabajo fue como retaliación de las presuntas conductas de acoso laboral (SL058-2021); sin embargo, en el sub examine la alusión a la existencia de conductas constitutivas de acoso laboral solo se hace cuando le fue iniciado a la actora el procedimiento disciplinario, utilizando el argumento como una estrategia de defensa ante las conductas endilgadas, que por demás las encontró acreditadas el juez primigenio, y en ese orden, se desestima la posición de la parte actora relativa a la existencia del acoso laboral.

Ahora, en lo relativo a que fue ubicada en un cubículo aparte, debe decirse que la testigo Andrea Patricia Gómez López, quien fue gerente financiera dijo que *“realmente todas las personas que son subalternas a nosotros, siempre se ubican, tratamos, o por ejemplo yo a mi equipo trato de ubicarlo siempre cerquita mío, como te digo, las oficinas son de vidrio, entonces... se ubican al frente de las oficinas que están asignadas. Entonces, Tatiana en ese momento estaba ubicada, Katia estaba en la oficina de recursos humanos, y al frente había un espacio donde estaba la impresora, y pues, había muchos puestos vacíos. Entonces, ahí se ubicó Tatiana”*, es decir, no puede sostenerse que la ubicación de la actora luego de la contratación de la gerente de recursos humanos (Katia Morales) haya sido arbitraria o que sea producto de acoso laboral, pues se trató de un tema de reorganización, además que según la testigo Laura Alejandra Miranda la reubicación en el cubículo se dio porque Katia Morales iba a realizar todo lo que hacía la demandante, lo cual como se explicó en líneas anteriores, no es cierto, pues Katia Morales entró como consultora a un cargo de nivel gerencial y la demandante ostentaba el cargo de coordinadora de talento humano, es decir, que realizaba funciones de nivel operativo, con lo cual, de ninguna manera puede sostenerse que la ubicación en el cubículo haya sido producto de conductas de acoso laboral ejercida por Katia Morales, y menos aún, que se le hayan suprimido funciones como lo manifiesta el recurrente. Así las cosas, tampoco por esta vía se puede lograr la configuración de conductas constitutivas de acoso laboral.

Vale la pena aclarar que, siguiendo los predicamentos contenidos en la sentencia C-780 de 2007, previamente citada, para que se presuma que una conducta constituye acoso laboral debe acreditarse la ocurrencia “repetida y pública” de cualquiera de las circunstancias a que alude la Ley, situación que comporta una manifestación constante, sistemática y reiterada de *“agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo, y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de la relación laboral privada o pública”*, cuya consecuencia vaya focalizada a *“infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar*

desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”, situaciones que de manera palmaria no se presentan en el sub *judice*.

Ahora, si bien la ley 1010 de 2006, establece que *"Excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral"*, este debe ser de tal magnitud que por sí solo tenga la capacidad de socavar dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales, lo que no logra extraerse del presente proceso, pues se itera, el hecho de que la entidad haya decidido auscultar los diferentes procesos de contratación de personal en la empresa y haya abierto un proceso disciplinario a la actora no lograr constituir conductas de acoso laboral.

Por lo anterior la Sala concluye, que la actora no cumplió con la carga probatoria que le concernía para demostrar la existencia de alguna conducta constitutiva de acoso laboral y con ello, dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 7º de la Ley 1010 de 2006, por lo tanto, al no encontrarse acreditada *la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las actuaciones enumeradas en dicha norma u otros hostigamientos que se puedan considerar como conductas configurativas de acoso laboral*, la Sala confirmará el fallo absolutorio proferido en el *sub judice* por parte del Juzgado de origen, objeto de apelación.

COSTAS

Costas a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada por no por salir avante el recurso de apelación propuesto. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

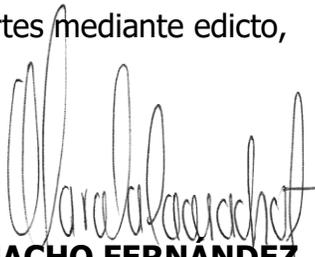
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, proferida el 09 de abril del año 2021, objeto de apelación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante y a favor de la entidad demandada. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

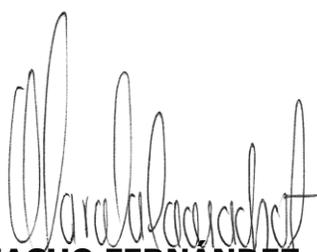


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 se segunda instancia a cargo de la demandante, Tatiana Alexa Rodríguez Velásquez, fijándose como agencias en derecho a su cargo \$100.000, y a favor de CONTACT POINT 360 SAS.



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: *JUAN CARLOS CAMARGO DÍAZ*
DEMANDADO: *COLPENSIONES*
RADICACIÓN: *110013105-035-2021-00310-01*
ASUNTO: *APELACIÓN*
TEMA: *PENSIÓN ESPECIAL ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO*

Bogotá D.C, veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ASTRID JASBLEYDE CAJIAO ACOSTA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor JUAN CARLOS CAMARGO DÍAZ a través de mandatario judicial instauró demanda laboral en contra de COLPENSIONES, con el fin que se ordene el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, a partir del 06 de julio de 2020, el retroactivo pensional, los intereses moratorios, la actualización, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 09 de marzo de 1965; que desde el 15 de agosto de 1995 mantiene una relación laboral con el empleador Litoméctica S.A., desempeñándose en el cargo de médico Urólogo, realizando procedimientos de Litotricia Extracorpórea, con equipos que generan radiaciones ionizantes; que sus funciones consisten en atender pacientes, orientarlos y practicarles el procedimiento de Litotricia Extracorpórea con el equipo Litotriptor; que el riesgo de exposición del trabajador a radiaciones ionizantes, es considerada una actividad de alto riesgo conforme el Decreto 2090 de 2003; que durante la relación laboral el empleador ha realizado cotizaciones, pagando el aporte especial por actividad de alto riesgo; que en su historia laboral cuenta con 1.324,86 semanas, de las cuales 1199.99, lo fueron con cotización en alto riesgo; que el 29 de enero de 2021 elevó solicitud pensional ante Colpensiones, pero le fue negada a través de Resolución SUB110436 del 13 de mayo de 2021, señalando que según la certificación de Litoméctica S.A. la exposición a radiaciones ionizantes es en una jornada de 12 horas semanales; que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el 21 de mayo de 2021; que el 01 de junio de 2020, la entidad empleadora certificó con destino a Colpensiones, que el demandante se desempeña en su cargo desde el 15 de julio de 1995, realizando procedimientos de Litotricia Extracorpórea con equipos que generan radiaciones ionizantes; que el 09 de octubre de 2020, nuevamente el

empleador envía certificación a Colpensiones, informando que las funciones del demandante corresponden a las establecidas en el numeral 3° del artículo 1° del Decreto 1281 de 1994, y posteriormente con el numeral 3° del artículo 2° del Decreto 2090 de 2003, esto es, trabajos con exposición a radiaciones ionizantes; que la ARL Positiva S.A. el 10 de agosto de 2020, indicó que estaba afiliado en la clase de riesgo CINCO. (Fols. 1 a 10 Archivo No 1 Expediente digital)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 3 archivo No 06); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que, el demandante no logró acreditar la actividad relacionada como alto riesgo de acuerdo al Decreto 2090 de 2003, tal y como se señaló en el estudio pensional realizado por Colpensiones y que se encuentra consignado en la resolución SUB100013 del 28 de abril de 2020, SUB134394 del 24 de junio de 2020, resolución SUB110436 del 13 de mayo de 2021 y resolución SUB171460 del 27 de julio de 2021. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (Fols. 1 a 15 Archivo No 08 Exp. Digital).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 04 de mayo de 2022, mediante la cual el Juzgado absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante; declaró probada las excepciones propuestas por Colpensiones, denominada inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido. Finalmente, impuso costas a la parte demandante (fls. 1 a 3 archivo No 29 y audiencia virtual archivo No 28).

Como argumento de su decisión, expresó que lo reclamado era el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez, con aplicación de Decreto 2090 de 2003, ante lo cual, previa acotación de la normatividad que rige en torno al tema, indicó que de conformidad con la sentencia C- 1125 de 2004, la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo se justifica en la medida en que la actividad de alto riesgo genera una disminución de la expectativa de vida del trabajador.

Manifestó que se encontraba demostrado que el actor labora para la empresa Litomedica S.A. desde el 15 de julio de 1995, realizando procedimientos de Litotricia Extracorpórea con equipos que generan radiaciones ionizantes, así como también que la entidad empleadora realizó las cotizaciones por alto riesgo; sin embargo, para que proceda la pensión especial se requiere que la exposición sea habitual, permanente y tenga un grado de intensidad que afecte la salud y genere una menor expectativa de vida del trabajador, lo que no logra demostrar el demandante, ya que conforme la certificación emitida por Litomedica S.A., la exposición a radiación ionizante era de 12 horas a la semana, lo cual no pone en peligro su estado de salud, además los niveles de exposición se encuentran por debajo de los límites permitidos; que durante nueve años que se reporta la medición de exposición a la radiación, solo se reportan 8 meses con exposición a radiaciones ionizantes; que del reporte del año

2011 al año 2014, la exposición no sobrepasó los límites normales de exposición; que la exposición y radiación ionizante era mínima y está lejos de generar disminución de la expectativa de vida.

En conclusión, al no estar expuesto de manera permanente y habitual a radiaciones ionizantes, se absuelve de las pretensiones incoadas en la demanda, declarando probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, imponiendo costas a la parte demandante.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por la parte demandante, quien manifestó que no hay discusión frente a la norma que debe aplicarse, esto es, el Decreto 2090 de 2003, y en particular el artículo 3, que establece o delimita las condiciones durante las cuales se ejecuta la actividad de alto riesgo, como la referida a la exposición a radiación ionizantes; que el decreto referido no establece ni lo exige de manera expresa, más allá de demostrar la exposición, que la misma debe presentarse en un número de horas determinadas; que el demandante cotizó 1.199 semanas con la cotización especial de alto riesgo; que la actividad ejercida es de alto riesgo, tal como lo establece la certificación de Litoméica, además que el actor hacía procedimientos con equipos que generan radiaciones ionizantes; que el juez de primera instancia hizo una interpretación desafortunada de la jurisprudencia, al mencionar que no se acreditó que la exposición no superó los límites de exposición y que no se ocasionó lesiones para la salud, así como también al decir que la exposición era mínima; que lo que se protege es al trabajador que ha tenido que estar expuesto, y no exige que la exposición haya estado por encima de los límites o que haya generado un daño en la salud del trabajador; que ni la ley lo exige, ni resulta lógico exigir que se haya expuesto por encima de los límites permitidos o que haya tenido una afectación en su salud; que se debe tener en cuenta la sentencia SL999-2020; que se olvidó el Juez de tener en cuenta la tabla de enfermedades de que trata el Decreto 447 de 2014, en la que se dice en la parte de radiaciones ionizantes, que todos los trabajados en instituciones de salud que se exponga a rayos X, pueden generar algunas enfermedades laborales; que lo que se establece es el riesgo, la actividad (rayos X) y cuales podrían llegar a ser las consecuencias; que no es atinado afirmar que por no haberse superado los límites de exposición o por no acreditar daños en la salud no le haga merecedor de la pensión especial de alto riesgo; que se debe tener en cuenta la sentencia SL1440-2021, donde señaló que el lapso previsto legalmente es las 700 semanas, y no habla de un número de horas de exposición, tampoco que se tenga que tener afectación a la salud o que se tenga que estar expuesto por encima de los límites permitidos; que el demandante acredita las condiciones para acceder a la pensión especial de alto riesgo.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante. Solicita que se revoque la decisión de instancia y se conceda la pensión especial de alto riesgo, dado que el demandante sí estuvo expuesto a alto riesgo por actividad de exposición a radiación ionizante, además que no existe controversia en el número de semanas exigidas, sobrepasando las mínimas requeridas.

6.2 Colpensiones. Solicita que se confirme la decisión absolutoria dado que el demandante no acredita los requisitos contemplados en el Decreto 2090 de 2003, en especial la dedicación permanente al ejercicio de la actividad de alto riesgo.

7. 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.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿Acredita el demandante los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por alto riesgo?, en caso afirmativo, (ii) ¿Hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios o indexación?

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO.

Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que el demandante nació el 09 de marzo de 1965 (fol. 14); (ii) Que el 16 de marzo de 2020 solicitó la pensión especial de vejez, pero le fue negada a través de resolución SUB100013 del 28 de abril de 2012, con fundamento en que *"no es posible verificar si acredita las 700 semanas especiales de alto riesgo, toda vez que el certificado anexo al expediente administrativo no detalla las fechas en las cuales, en virtud de sus labores, estuvo expuesto a sustancias ionizantes"* (Fol. 39 a 41 archivo No 01 y 417 a 423 archivo No 24); (iii) Que el 29 de enero de 2021 solicitó un nuevo estudio de la prestación, y le fue negada a través de resolución SUB110436 del 13 de mayo de 2021, con sustento en que *"no cumple con el requisito contemplado en el Decreto 2090 de 2003, el cual se requiere de dedicación permanente al ejercicio de la actividad de alto riesgo"* (Fol. 42 a 51); (iv) Que en la última historia laboral actualizada al 04 de agosto del 2021 acredita 1.350,57 semanas en toda su vida laboral, desde el 1 de marzo de 1995 hasta el 30 de junio de 2021, de las cuales, 1.234,28 fueron cotizadas con tarifa de alto riesgo (Fol. 1 a 11 Archivo 11 - Historia laboral).

La pensión especial de vejez es una prestación que reconoce el sistema general de seguridad social en pensiones, a las personas que desarrollan actividades de alto riesgo o en condiciones extremas de altas temperaturas, quienes merecen una protección adicional, o superior con respecto a las demás personas, pues ha sido criterio del Máximo Tribunal de la jurisdicción, que dicha pensión especial, *"se trata de la misma pensión de vejez, solo que, para el contingente de personas que desempeñan estas actividades de alto riesgo, se anticipa la edad para efectos de su reconocimiento, dada la disminución legal establecida en la norma"* (radicación No 38558 del 06 de julio de 2011).

Esta pensión fue estatuida en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 15 del Decreto 758 de 1990, luego el entonces Ministerio del Trabajo y la Protección Social en uso de sus facultades especiales, expidió el Decreto 1281 de 1994, el cual consagró nuevas condiciones para acceder a la pensión de vejez, entre las cuales para su reconocimiento se requería contar con 55 años de edad y 1000 semanas cotizadas de las cuales mínimo 500 hubiesen sido cotizadas ejerciendo actividades de alto riesgo, estableciendo además que la edad para acceder a la pensión se reduce en un año por cada 60 semanas que superen las primeras 1000, sin que pueda ser inferior a los 50 años, así mismo en dicho Decreto se estableció un régimen de

transición para las personas que a la entrada en vigencia del citado decreto tengan 35 o más años de edad para el caso de las mujeres, 40 años o más de edad para el caso de los hombres, o contar con 15 años de servicios o su equivalente en semanas de cotización.

Posteriormente, se expidió el Decreto 2090 de 2003, con el que se tenía la intención de unificar las pensiones especiales de vejez, y estableció unas de las nuevas condiciones para acceder a la pensión especial de vejez consistente en haber cotizado el mínimo de semanas que refiere el artículo 9 de la ley 797 de 2003 de las cuales mínimo 700 sean en actividades de alto riesgo, y 55 años de edad, además de señalar que la edad se reduciría en un año por cada 60 semanas que superen el mínimo de semanas establecido en el sistema general de pensiones, normativa que a su vez estableció un régimen de transición a las personas que tuviesen como mínimo 500 semanas de cotización especial, quienes tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigidos por la ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

En el sub judice, lo primero que debe decir la Sala es que para la procedencia de la pensión especial de vejez, no basta con afirmar de manera general en el libelo introductorio que desempeñó una actividad de alto riesgo, sino que, en su caso particular, era menester establecer si efectivamente estuvo expuesto al riesgo, en el caso particular "con exposición a radiaciones ionizantes" como lo establece el numeral 3º del artículo 2 del Decreto 2090 de 2003.

En el presente asunto, la controversia gravita en la exposición al riesgo por parte del actor, pues mientras el a quo consideró que este debe ser habitual, permanente y tenga un grado de intensidad que afecte la salud y genere una menor expectativa de vida del trabajador, el promotor del proceso considera que se cumplen los presupuestos para hacerse acreedor a la prestación, dado que cumple más de la densidad cotizacional que exige el Decreto 2090 de 2003, aunado a que, tal disposición no requiere que la exposición al riesgo supere los límites permitidos o que haya generado un daño en la salud del trabajador.

Para resolver, es oportuno traer a colación lo adoctrinado en la sentencia SL3476-2016, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que con suficiencia explica los parámetros esenciales de esta clase de pensiones, reiterando además lo dicho en la sentencia SL3963-2014 y la de radicado No 25353 del 16 de agosto de 2005, y que para mejor proveer se extracta los siguientes apartes:

"En segundo lugar, contrario a lo sostenido por la censura, esta Sala de la Corte ha precisado con suficiencia que, para poder ser beneficiario de la pensión especial de vejez, no basta con laborar en una empresa catalogada como de alto riesgo o que maneje sustancias cancerígenas, sino que resulta indispensable demostrar que el trabajador estuvo expuesto realmente a esas sustancias, por razón de las tareas que desempeñaba, o que desarrolló las actividades propias calificadas de alto riesgo.

(..)

Con todo, de acuerdo con el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 (derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003), los afiliados al Sistema General

de Pensiones que se **dediquen en forma permanente** y por lo menos durante quinientas semanas, continuas o discontinuas, al ejercicio de las actividades de alto riesgo, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, siempre que reúnan los requisitos establecidos para ello, lo que significa que corresponde al trabajador demandante demostrar que la actividad desplegada es o fue de aquellas catalogadas como de alto riesgo, **y que se ejerció de manera permanente**, lo que tampoco es posible abordar por la vía jurídica por la cual se dirigió el ataque.

(...)

También ha sido clara la Sala en sostener que «...las disposiciones legales que consagran pensiones especiales para los trabajadores en consideración al particular oficio que realizan, exigen que se cumpla exactamente el tiempo de servicios en la actividad correspondiente», pues, "Lo que explica el tratamiento preferencial de esta categoría de trabajadores no es sólo el que realicen dichas actividades, sino los graves riesgos que para la salud de ellos implica la prestación de servicios en esas peculiares labores durante tan largo tiempo, lo que hace conveniente su retiro del servicio activo y la concesión de la pensión de jubilación sin consideración a su edad.

Finalmente, en torno al ejercicio de cargos como el que defiende el censor, la Sala ha definido que, para la causación del derecho a la pensión especial, es necesario que el trabajador ejerza efectivamente las labores que, por su peligrosidad y prolongada ejecución, ponen en riesgo su salud.

(...)

Cuando el precepto se refiere a la cotización de semanas "**en forma continua o discontinua en la misma actividad**" (resalta la Sala), su correcta interpretación no es otra que la que imprimió el juez de apelaciones, que se contrae a que el aludido mandato **lo que exige es que "se cumpla exactamente el número de semanas en la actividad correspondiente" y por tanto "esa continuidad significa realmente que el candidato a la pensión haya desarrollado su labor en el lapso tantas veces mencionado", sin que la continuidad o discontinuidad esté referida al contrato de trabajo sino al oficio protegido.**

En efecto, esa continuidad está ligada a que el afiliado haya estado sometido a las condiciones que implica la ejecución de la misma actividad, durante las semanas que menciona tal ordenamiento, de manera permanente y sin variaciones, que es lo que justifica el tratamiento excepcional para obtener la pensión de vejez a una edad inferior, ya sea porque ese presupuesto se hubiera cumplido en un tiempo de labores corrido o con intervalos que sumados completen el número de semanas exigido.

En este orden de ideas, **lo que da derecho a la pensión de vejez especial, no es el tener 750 o más semanas cotizadas al sistema, sino que ese número de semanas se hayan cotizado prestando servicios el asegurado en una de las actividades especialmente protegidas**". (Negrilla y Subrayada fuera del texto).

Descendiendo al sub examine, tenemos que el actor labora para Litoméica S.A., mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de julio de 1995 en el cargo de Médico Urólogo, realizando procedimientos de Litotricia Extracorpórea con equipos que generan radiaciones ionizantes (Fol. 56 archivo No 01), labor que lo encaja en lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 2° del Decreto 2090 de 2003, es decir, haber ejercido una actividad "con exposición a radiaciones ionizantes", aúnesse a lo anterior, que la entidad Litoméica S.A. realizó las cotizaciones del actor con el porcentaje adicional de alto resigo, en concreto, se reportan 1.234,28 semanas, lo que conllevaría en línea de principio a establecer que cumple con suficiente la densidad cotizacional que refiere el artículo 3° del Decreto 2090 de 2003; sin embargo, el presente proceso presenta unas particularidades que hacen imposible contabilizar de manera desprevénida solo la densidad de semanas, sin tener en cuenta sí durante esas 1.234,28 semanas se presentó "la exposición al riesgo", esto es, si en verdad, estuvo expuesto a las radiaciones ionizantes por lo menos durante 700 semanas, lo que pasa a verificarse a continuación.

En efecto, el empleador Litoméica S.A., certifica ante COLPENSIONES que el actor realiza procedimientos de Litotricia Extracorpórea con equipos que generan radiaciones ionizantes (Fol. 56 archivo No 01), pero a renglón seguido precisa que: *"el tiempo de permanencia del trabajador en el sitio de trabajo expuesto a radiaciones ionizantes es en una jornada de doce (12) horas semanales, dividida en dos turnos de seis (6) horas cada uno"*, es decir, la actividad desplegada por el actor no fue continúa, habitual y permanente, criterios que resultan ser definitorios en esta clase de pensiones, pues tal como se dijo por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia atrás referida, *"no es el tener 750 o más semanas cotizadas al sistema, sino que ese número de semanas se hayan cotizado prestando servicios el asegurado en una de las actividades especialmente protegidas"*.

Igualmente, la causación de la prestación no se determina por la continuidad del contrato de trabajo, es decir, por el hecho de que el actor tenga su vinculación desde el 15 de julio de 1995 y que una de sus actividades sea realizar procedimientos de Litotricia Extracorpórea con equipos que generan radiaciones ionizantes, ya que es la misma entidad quien certifica que no estuvo expuesto durante todo el desarrollo del contrato de trabajo, sino solo 12 horas semanales, lo que representa una exposición mensual de 1.07 semanas, y 12.84 semanas al año, para un total de exposición de 333.84 semanas desde el 15 de julio de 1995 al 15 de julio de 2021, densidad insuficiente para consolidar el derecho prestacional.

Asimismo, desvirtúa la continuidad, permanencia y habitualidad en la actividad y exposición al riesgo, el que, una vez revisada la historia laboral de cotizaciones (Fols. 1 a 27 archivo No 11), se reporten cotizaciones simultáneas desde agosto de 1995 con "Colombia de Disolv", luego a partir de junio del año 2000 con "Cruz Blanca EPS S.A.", y a partir de febrero de 2005 como independiente, es decir, en ejercicio de su profesión liberal como médico especialista, periodos en los cuales no estuvo expuesto de manera habitual y permanente a las radiaciones ionizantes, sino que tan solo lo fue por espacio de 12 horas semanales como lo certificó Litoméica S.A., y ello es de gran relevancia en este proceso, ya que el tratamiento preferencial que se da a quienes de manera habitual o continua hayan estado expuestos al riesgo (radiaciones ionizantes o sustancias cancerígenas), no es solo haber efectuado las cotizaciones con el porcentaje de alto riesgo, sino *"los graves riesgos que para la salud de ellos implica la prestación de servicios en esas peculiares labores durante tan largo tiempo,*

lo que hace conveniente su retiro del servicio activo y la concesión de la pensión de jubilación sin consideración a su edad” (SL3476-2016).

De otro lado, a folio 200 y 201 del archivo No 24, obra certificación laboral con funciones por parte de Litoméctica en la que se establecen 19 funciones para la cual fue contratado, en la que solo la cuarta hace referencia a “realizar procedimientos de litotricia extracorpórea con equipo litotriptor que emite radiaciones ionizantes”, misma que conforme el certificado del mismo empleador de fecha 01 de junio de 2020 (Fol. 56 archivo No 01), solo ejerció en una jornada de 12 horas semanales, luego, ello permite inferir que su exposición a radiaciones ionizantes no lo fue de manera continua, permanente y habitual durante todo el tiempo que ejerció como médico urólogo de Litoméctica, muy a pesar de que tal entidad haya realizado la cotización completa como de alto riesgo, máxime cuando al reportarse cotizaciones con otro empleador o de manera independiente, desdibuja que tal actividad o exposición al riesgo haya sido de manera permanente desde el 15 de julio de 1995 y durante por lo menos las 700 semanas que exige el Decreto 2090 de 2003.

De otro lado, la procedencia de la pensión especial a favor del actor, desdibujaría la naturaleza y finalidad de la prestación, dado que, al revisar su historia laboral, se extrae que sus cotizaciones como independiente son más de tres veces superiores a la cotización efectuada por Litoméctica, por ejemplo, en el año 2021 la cotización de Litoméctica asciende a \$3.096.286, mientras que la cotización como independiente es de \$12.500.000, lo que significaría que se estaría anticipando el reconocimiento de una prestación a los 55 años de edad, calculada con el IBC (dependiente e independiente), siendo el IBC como independiente muy superior al que se reportó con la entidad donde ejerce la actividad riesgosa (radiaciones ionizantes), por lo que, su retiro y eventual disfrute pensional no se generaría por las consecuencias que trajo a su salud la exposición habitual o continua a las radiaciones ionizantes sino por el simple hecho de entrar a disfrutar de manera anticipada de una prestación a los 55 años de edad con un monto significativo, lo que se itera, desdibuja en un todo la finalidad para la cual fue concebida la pensión especial por alto riesgo, la cual no es otra que, proteger al trabajador que en ejercicio de su actividad o exposición puso en riesgo su salud y se hace merecedor a la prestación a una edad anticipada que el resto de contingente de afiliados al sistema de seguridad social en pensiones.

Ahora, en lo que sí le asiste razón al recurrente, es en las consideraciones que efectuó el a quo relativas a que los niveles de exposición se encuentran por debajo de los límites permitidos o que no se demostró afectación en la salud, ya que para la prestación derivada de la exposición a “radiaciones ionizantes” no se exige que la exposición supere los límites permitidos como si sucede con la derivada de “altas temperaturas”, pues lo que refiere la norma es que haya estado expuesto de manera habitual y continua a las “radiaciones ionizantes” o “sustancias comprobadamente cancerígenas”, sin tener en cuenta los niveles de exposición, ya que ello sería relevante en otra clase de procesos donde se requiera demostrar una eventual culpa patronal o daños en la salud del trabajador producto de la alta exposición al riesgo en los niveles permitidos, pero no para la causación de la pensión especial de alto riesgo. Lo mismo ocurre con la afectación en la salud, pues ello no es un requisito a tener en cuenta, pero sí puede dar lugar a sustentar o demostrar que la exposición fue habitual y continua, pues precisamente por las consecuencias en la salud que conlleva estar expuesto a “radiaciones ionizantes” o “sustancias comprobadamente cancerígenas” es que se anticipa la edad de pensión a los 55 años, para que el trabajador pueda entrar a disfrutar de la pensión de vejez, además que la exposición

a tales riesgos disminuye la esperanza de vida en comparación con quienes ejercen otras actividades que no se catalogan dentro del Decreto 2090 de 2003.

En lo que refiere el censor, relativo a que se tenga en cuenta el Decreto 1477 de 2014, que establece las enfermedades profesionales por causa de la exposición a "radiaciones ionizantes", cumple precisar que, en efecto allí se describen algunas enfermedades que pueden ser consecuencia de la exposición a las "radiaciones ionizantes", pero nada aporta para la prosperidad de las pretensiones, ya que no existe ninguna prueba demostrativa que en efecto desvirtúe lo manifestado por el propio empleador Litoméfica, en el sentido de que la exposición fue de 12 horas semanales, es decir, ninguna probanza allega el actor para acreditar que su fue ejercida en número superior durante toda la semana, por ende, en el desarrollo habitual de la relación laboral iniciada desde el 15 de julio de 1995, ninguna probatura se endereza en demostrar que debido a la exposición continua a "radiaciones ionizantes" generó en su salud alguna afectación o enfermedad de las referidas en el Decreto 1477 de 2014, y se insiste, no es que se trate de un requisito para la causación de la prestación el que tenga que demostrar alguna afectación en su salud, sino que en el evento de tener alguna afectación en la salud como consecuencia de la exposición al riesgo, puede ello servir como elemento suasorio para determinar que la exposición fue habitual, continua y que debido a su "*peligrosidad y prolongada ejecución, ponen en riesgo su salud*" (CSJ, SL, radicación No 25353 del 16 de agosto de 2005), lo que tampoco logra extraerse del cartulario.

Por último, se anexan unos informes anuales de dosimetría que miden la radiación expuesta (Fol. 65 a 75 archivo No 01), que van del año 2011 a 2020; sin embargo, solo se evidencia presencia de radiación en 8 meses de los 108 meses reportados, lo que contrario a lo sostenido por el actor, reafirma aún más que la exposición no fue continua, habitual y permanente, por el contrario, da respaldo a la certificación del empleador Litoméfica, en el sentido de que la exposición a radiaciones ionizantes, lo fue por espacio de 12 horas semanales, y no todo el tiempo de ejecución del contrato de trabajo, máxime cuando tenía otras 18 funciones adicionales que realizar en desarrollo del vínculo laboral con Litoméfica.

Bajo ese horizonte, sin que haya más por resolver, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia, conforme lo atrás dicho.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo del demandante y, a favor de Colpensiones, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

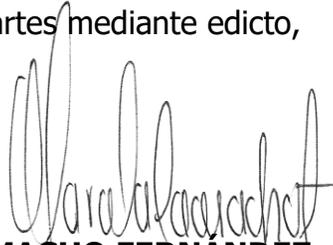
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de COLPENSIONES y a cargo del demandante. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

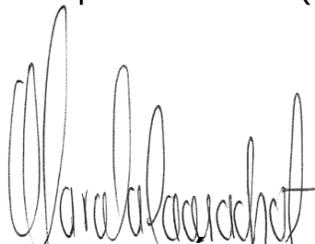


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 COLPENSIONES y a cargo del demandante, el equivalente a un (1/2) SMMLV, esto es, la suma de \$ 500.000.



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: ROSA ELENA LEÓN UMBARILA
Demandado: CLINICA COLSANITAS S.A.
Radicación: 11001-3105-016-2019-00560-01.
Tema: TERMINACIÓN CON JUSTA CAUSA- REINTEGRO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ROSA HELENA LEÓN UMBARILA instauró demanda ordinaria contra la CLINICA COLSANITAS S.A., con el propósito de que se declare la existencia de una relación laboral bajo la modalidad de contrato a término fijo, ocupando el cargo de Auxiliar de Enfermería, desde el 09 de agosto de 2013 hasta el 04 de diciembre de 2018, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador, en consecuencia, se condene al reintegro en un cargo igual o superior al que venía desempeñándose antes de la finalización del contrato, junto con el pago de los aportes al sistema de seguridad social integral, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como sustento factico de las pretensiones indicó que inició a laborar para la demandada bajo un contrato a término fijo desde el 09 de agosto de 2013, en el cargo de Auxiliar de Enfermería II, devengando como salario la suma de \$2.000.000; que el 03 de octubre de 2018 recibió turno a las 19:00 pm, y en ese turno recibió al paciente José Martín Castañeda Díaz (q.e.p.d), quien estaba hospitalizado desde el 20 de septiembre de 2018 en la habitación 621; que la señora Joana Burgos y la demandante, omitieron revisar en debida forma al señor José Martín Castañeda Díaz (q.e.p.d), ya que ello, es un protocolo que debe efectuar antes y después de recibir turno; que la señora Laura Camila Cubides Buitrago, al momento de entregar turno, en ningún momento manifestó de manera verbal ni mucho menos escrito que la piel del paciente presentaba algún inconveniente, al contrario, plasmaron en las notas de enfermería que el estado de la piel del paciente era PIEL INTEGRAL; que el señor José Martín Castañeda Díaz (q.e.p.d), era un paciente que por su propia voluntad nunca se dejaba cambiar de posición porque decía que no soportaba el dolor; que durante el turno ejecutado por la actora el paciente no presentó ninguna alteración médica que afectara directamente su piel; que siendo las 7 am del 04 de octubre de 2018, hicieron entrega del turno con la Jefe de Enfermería, manifestando que no se presentaron alteraciones médicas referente al paciente José Martín Castañeda Díaz (q.e.p.d) y no se presentó ninguna observación; que el turno fue entregado a Yuliana Barrera en calidad de aprendiz, quien estaba bajo la supervisión de Betty Ortiz como Auxiliar de Enfermería; que Yuliana Barrera procedió a realizarle al paciente un baño en cama, cambió de tendidos y se dejó al paciente en posición de cubito lateral izquierdo; que a las 12:30

del mismo día se procedió a entregar al paciente al siguiente turno con las anotaciones de "piel integra, paciente en regular estado general, en fin de vida, paciente en compañía de familiar"; que a la 1:00 de la tarde del mismo día la Auxiliar de Enfermería y Jefe de Enfermería, al recibir el turno realizaron la anotación de "piel pálida integra"; que siendo las 15:10 de la tarde, la auxiliar de enfermería realizó la siguiente anotación: "se realiza cambio de posición al paciente, se evidencia zona de equimosis en espalda + flictena, área de pañal enrojecida con bordes equimóticos a nivel inguinal izquierda, equimosis en región sacra + laceración, se informa jefe de turno, quien refiere informarle a clínica de heridas, se deja cubierto con vaselina, se informa a familiar"; que la lesión del señor José Martín Castañeda Díaz (q.e.p.d) se descubrió con dos turnos posteriores al turno que realizó la demandante; que la Clínica demandada llamó a todos los turnos de Auxiliares de Enfermería, Jefes de Enfermería y Supervisoras Jefe, a efecto de realizar un plan de mejoras y una retroalimentación por parte de la sección de seguridad del paciente, en donde se plasmaron acuerdos, compromisos y lineamientos para evitar eventos adversos e incidentes en el lugar de trabajo; que el señor José Martín Castañeda Díaz (q.e.p.d) falleció a causa de su delicado estado de salud, cuya lesión de piel no afectó, no agravó, ni mucho menos aceleró su fallecimiento. (Fols. 92 a 109)

2. Contestación Clínica Colsanitas S.A.: En lo que interesa a la causa, se opuso a la pretensión de reintegro, bajo el argumento de que el contrato de trabajo finalizó con justa causa, ya que al escucharla en diligencia de descargos, la entidad determinó que ante las faltas cometidas, las cuales eran de tal gravedad, no se podía imponer una sanción, sino que ellas conllevaban a la terminación del contrato de trabajo; que la actora no se encuentra en una condición especial por la cual opere la figura del reintegro; que la entidad procedió a pagar la liquidación de prestaciones sociales de manera correcta, por lo que no existe prosperidad a la sanción moratoria. Como excepciones de mérito rotuló las de cobro de lo no debido y falta de título y causa del demandante, legalidad de la actuación de la Clínica Colsanitas S.A., inexistencia de la obligación pretendida, carencia del derecho, buena fe, temeridad y mala fe del demandante, prescripción y la genérica. (Fol. 131 a 143 y 161 Cd).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de abril del 2022, en la que el fallador absolvió a la Clínica Colsanitas S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora ROSA HELENA LEÓN UMBARILA, imponiéndole costas procesales.

Para arribar a tal decisiva, empezó por señalar que sobre la existencia de la relación laboral es un hecho no discutido por las partes, y se encuentra acreditado con el contrato de trabajo, cuya fecha de inicio es el 09 de agosto de 2013, en el cargo auxiliar de enfermería II y el extremo final, con la carta de terminación del contrato, que establece el finiquito el 04 de diciembre de 2018; que la única controversia es sobre la modalidad, para lo cual se debe tener en cuenta que se firmó una cláusula adicional al contrato de trabajo, en la que, por mutuo consentimiento se cambió a la modalidad a término indefinido a partir del 09 de enero de 2014, conservando la antigüedad desde la fecha de ingreso, razón por la que, si bien se pactó inicialmente a término fijo, por acuerdo pasó a ser de duración indefinida, debiendo declararse la existencia de un contrato a término indefinido desde el 09 de agosto de 2013 hasta el 04 de diciembre de 2018.

Sobre el reintegro adujo que el mismo solo tiene fundamento en algunas oportunidades, como cuando se pretende la ineficacia del despido por fuero de salud,

prepensionado o fuero sindical, situaciones que no se tratan en el presente caso, y por tanto, no hay lugar a ningún reintegro; sin embargo, como se alega que existió un despido sin justa causa, se procede a estudiar tal situación.

En cuanto al despido, aparece la carta de terminación del contrato, donde la Clínica Colsanitas le expone las faltas graves cometidas por la actora durante el turno de trabajo, debiendo en el proceso acreditarse la falta grave por parte del empleador, esto es, demostrar que se presentó el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la trabajadora, para poder concluir que se estructuró la justa causa invocada.

Que no se discute propiamente la responsabilidad en las lesiones ocasionadas, sino la justa causa, es decir, que las afectaciones en la salud del paciente no son necesariamente como consecuencia de los servicios únicamente de la actora o del incumplimiento de sus obligaciones, recalcando que el presente proceso es sobre incumplimiento de las obligaciones, y si bien puede existir una responsabilidad conjunta con otros trabajadores en los hallazgos al paciente, lo que se debate es la existencia de un incumplimiento como causal de despido alegado por la demandada.

Que frente a los presuntos incumplimientos, se establece que el 03 de octubre de 2018, entre las labores de la actora se encontraba el de hacer cambio de posición, cambio de pañal y realizar labores de hidratación en la piel del paciente, tareas que no realizó, a pesar de que en horas de la noche estaba el paciente en sedación, por lo que, efectivamente se dieron las circunstancias que rodean las justas causas de despido, conforme el literal d) del artículo 48 del RIT, el cual establece que, constituyen faltas graves la violación grave de las obligaciones contractuales y reglamentarias, específicamente la cláusula segunda numeral cuarto del contrato de trabajo, que preceptúa como obligación especial la de cumplir sus funciones en forma responsable, profesional, ciñéndose a la ética profesional, y teniendo en cuenta que del cabal cumplimiento depende la vida y la salud de los pacientes, así como también, cumplir con los protocolos, procedimientos, y bioseguridad exigidos, y del mismo modo, el contenido del numeral 9, que obliga al trabajador a conocer y cumplir las políticas, normas y procedimientos emanados por la organización.

Que la demandante conociendo que no había efectuado los deberes correspondientes al turno, respecto del paciente José Martín Castañeda Díaz (q.e.p.d) en punto a los cambios de posición, reportó en el formato de control de cambio de posición, que sí cumplió con ese deber a las 10:40 pm del día 03 de octubre y de nuevo a las 13:30 pm del 04 de octubre, circunstancias que se tiene acreditado con la diligencia de descargos y el interrogatorio de parte.

Que el despido sí se basó en una justa causa plenamente demostrada en el presente proceso, lo que lleva a la absolución de las pretensiones.

Que sobre la pretensión del pago de aportes, no existe ninguna demostración, ni siquiera existen fundamentos de hecho sobre el tema, y si lo pretendido es que se paguen una vez se haya declarado el reintegro, tal pretensión tampoco está llamada a prosperar; y frente a la indemnización moratoria, no se alega la falta de reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales (Audiencia virtual, archivos 245 y 248)

4. Impugnación y límites del ad quem. Ninguna de las partes presentó inconformidad, por lo que se envió el expediente al Tribunal para surtir el grado

jurisdiccional de consulta, al ver sido la decisión adversa a los intereses de la parte demandante.

5. Alegatos. Colsanitas presentó alegatos de conclusión solicitando la confirmación absoluta de la sentencia de primer grado, con fundamento en que la demandante luego de habersele escuchado en diligencia de descargos, se determinó que incurrió en tres incumplimientos graves de sus obligaciones laborales, lo que da lugar a la finalización del contrato de trabajo con justa causa.

6. CONSIDERACIONES

El grado jurisdiccional de consulta se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el estudio integral de la decisión por haber sido totalmente adversa a los intereses de la parte demandante.

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

i) ¿La relación laboral que unió a las partes es bajo la modalidad de contrato a término fijo o indefinido? **ii)** ¿Hay lugar al reintegro? **iii)** ¿El despido por parte de la demandada atendió a una justa causa o, por el contrario, lo fue sin que mediara justa causa? **iiii)** ¿Procede la indemnización del artículo 65 del CST? Igualmente, **v)** ¿Hay lugar al pago de aportes a la seguridad social?

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, ni la labor de auxiliar de enfermería desempeñada por la accionante; hechos que fueron aceptados en la contestación de la demanda y no fueron recurridos por las partes, y que además se corroboran con la documental de folios 1 a 7, 13 y 17 Cd folio 160, en la que se encuentra el contrato de trabajo, la cláusula adicional al contrato y la liquidación final de prestaciones, teniendo como fecha inicial de la relación laboral el 09 de agosto de 2013 y como extremo final el 04 de diciembre de 2018.

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar la modalidad contractual celebrada entre las partes y las circunstancias que rodearon su terminación, 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, el artículo 45 del C.S.T., refiere que la duración del contrato de trabajo puede celebrarse "*(...) por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio*" y que para que produzca sus efectos, el primero de ellos, es decir, a término fijo, debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente, tal y como lo dispone el artículo 46 del *ejusdem*.

En lo tocante al cambio de modalidad contractual, conviene rememorar lo dicho en sentencia del 29 de septiembre de 2003, radicación 20556, al referirse al artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, asienta que:

*"El aludido precepto simplemente determina cuáles son los elementos esenciales de un contrato de trabajo, de manera que cuando ellos se exhiban en una relación contractual, habrá un contrato de esa naturaleza, independientemente de la denominación que a dicha relación le hayan dado los contratantes. **Pero ello no significa que las partes no puedan finalizar uno y comenzar otro, ya que esta situación es perfectamente lícita...**"*

En el mismo estanco en sentencia del 02 de septiembre de 1977, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, estableció que:

"No se puede hablar de dos contratos mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra. Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento del otro, y la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica"

En línea con lo expuesto, se evidencia que a folios 1 a 7, y 13 CD folio 160 del expediente, obra un contrato de trabajo, con las siguientes particularidades:

1. Un contrato de trabajo a **término fijo** inferior a un año suscrito por las partes, con fecha de inicio el 09 de agosto del 2013, para ejercer el cargo de auxiliar de enfermería II. En cuanto a su término, se estipuló: "**término fijo inferior a un año por CINCO (5) MESES, que vence el 8 de enero de 2014**"
2. Las partes en litigio suscribieron de común acuerdo una "cláusula adicional al contrato celebrado", mediante el cual se acordó:

***PRIMERO.** Por mutuo consentimiento, decidimos modificar la duración del contrato de trabajo que a término fijo inicialmente se convino y aún se encuentra vigente.*

***SEGUNDO:** Que la duración del contrato de trabajo pasa a la modalidad de INDEFINIDO a partir del 09 de enero de 2014, conservando para todos los efectos laborales la antigüedad desde la fecha de ingreso".*

De los medios de prueba reseñados en precedencia, se colige que la relación laboral estuvo gobernada en un primer momento por un contrato a término fijo, modalidad que posteriormente las partes decidieron cambiar al de término indefinido, dejando constancia de ello y asegurando que "*para todos los efectos laborales la antigüedad desde la fecha de ingreso*", es decir, que el vínculo laboral tiene como fecha inicial el 09 de agosto de 2013.

Cabe aclarar que conforme la jurisprudencia atrás reseñada es perfectamente posible o lícito cambiar la modalidad contractual, pero para ello no solo se requiere la voluntad de las partes, sino que en virtud del carácter tuitivo del derecho laboral se debe auscultar si tal cambio de modalidad contractual se corresponde con los preceptos normativos y jurisprudenciales, y teniendo en el sub examine no cambia la función para la cual fue contratada como Auxiliar de Enfermería, tal como lo dijo la Corte "*no hay diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato*", asimismo, nótese que ninguna inconformidad se presente frente a su asignación mensual, por lo que era perfectamente

posible realizar el cambio de modalidad contractual, máxime cuando se cambió de término fijo a término indefinido, generando de una u otra manera en el trabajador mayor estabilidad en el empleo.

En este estadio, vale la pena hacer relación a la libertad de elección de las partes de entre todas las modalidades contractuales y sus implicaciones en contrataciones sucesivas con o sin interrupción, tema respecto al cual nuestra la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL4850-2016 radicación No 48538, en la que se trajo a colación la sentencia de radicación No 35902 del 01 de diciembre de 2009, adoctrinó que: *"La libertad de elección de entre las modalidades de duración del contrato, de cambiar la que venía rigiendo el vínculo laboral, la inicial o las subsiguientes, no puede servir de mecanismo para vulnerar derechos de los trabajadores, (...)"*.

En ese sentido, considera la Sala que el cambio de modalidad contractual no denota vulneración de los derechos de la trabajadora, ni se evidencia que se haya utilizado con el fin de socavar los derechos de la actora, razón por la cual, tal cambio se ciñó a los preceptos legales y jurisprudenciales para cambiar la naturaleza del contrato, por lo que, forzoso resulta concluir que la relación laboral que unió a las partes lo fue bajo un contrato a término indefinido desde el 09 de agosto de 2013 hasta el 04 de diciembre de 2018, como acertadamente lo concluyó el a quo.

(i) Terminación del contrato de Trabajo

Proceso disciplinario para terminación de contrato de trabajo por justa causa

Sobre el punto, reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que no se requiere adelantar un procedimiento para la terminación del contrato de trabajo con justa causa, si el mismo no se encuentra estipulado en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo o convención colectiva de trabajo, además que no se puede equiparar la terminación del contrato de trabajo por justa causa con una sanción disciplinaria.

Para desatar la controversia, amerita traer a colación lo predicado de vieja data en sentencia del 21 de julio de 1991, radicado No 4392, en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, asienta que: *"la existencia de un trámite o procedimiento para despedir, convencional o reglamentario, de obligatorio cumplimiento para el patrono es un hecho que, como tal, deberá acreditarse con los medios idóneos dentro del proceso. La carga de la prueba de ese hecho incumbirá, naturalmente, a la parte que lo afirme con el propósito de obtener su efecto jurídico (art.177 del C. de P.C). Establecido ese trámite o procedimiento, el empleador obligado por él deberá acreditar su observancia so pena que el despido sea calificado como ilegal. (...) de este modo, **si el trabajador pretende que su despido, además de injusto fue ilegal, tendrá que indicarlo así en su demanda, y si esa ilegalidad se fundamenta en el incumplimiento de un trámite convencional o reglamentario será suya la carga de la prueba de la existencia de dicho trámite.** Solo entonces el patrono deberá, si pretende quedar liberado de las indemnizaciones correspondientes demostrar que también cumplió a cabalidad dicho procedimiento o trámite"*.

En este punto, viene a propósito traer a colación lo pregonado en las sentencias No 30612 y 32422 del año 2008, por la Sala de Casación Laboral de nuestro máximo

órgano Jurisdiccional, al señalar: *“Esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que el despido no es una sanción disciplinaria, y que por ende para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como por ejemplo en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo, que no es el caso que nos ocupa”*.

Sobre este aspecto, en el sub lite, se constata que en Reglamento Interno de Trabajo (Fols. 17 a 29) existe un *“procedimiento para comprobación de faltas y formas de aplicación de las sanciones disciplinarias”*, procedimiento que fue el aplicado por la empresa a la trabajadora demandante; sin embargo, en lo que refiere a la clase de sanciones, el artículo 47, estipula multa y suspensión del contrato para las faltas leves, sin que se incluya la terminación del contrato de trabajo, pues esta última facultad está establecida en la cláusula sexta del contrato de trabajo (Fols. 1 a 7 Cd fol. 160), en los siguientes términos: *“Causas de terminación. Serán en general las de la ley, los reglamentos y demás disposiciones vigentes, sin embargo, se convienen como faltas graves y justas causas de terminación las siguientes”*, y por ende, lo primero que viene a propósito colegir es que la terminación del contrato de trabajo no es una sanción disciplinaria, y si bien la entidad hace uso del procedimiento disciplinario (descargos y acompañamiento de dos representantes de la organización sindical en el evento de pertenecer a una organización sindical), lo hace en función a que la conducta puede dar lugar a la aplicación de una sanción contemplada en el artículo 47 del Reglamento Interno de Trabajo, pero en el evento de encontrar que la misma da lugar a finiquitar el contrato de trabajo, utiliza la facultad unilateral, sin que tal decisión tenga los mismos efectos de una sanción disciplinaria.

Bajo ese panorama, en el entendido que la terminación del contrato de trabajo no constituye una sanción disciplinaria, procede la Sala a verificar si la conducta endilgada a la actora constituye una justa causa.

Justa Causa para la terminación del contrato de trabajo

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, regula la terminación del vínculo laboral por justa causa, el cual prevé dos obligaciones para quien lo dé por terminado; la primera es subjetiva y versa sobre las causales contempladas en sus literales a) y b); la segunda tiene que ver con la forma en que se da por terminado el contrato, pues impone la carga de expresar al momento de la terminación del vínculo la causal por la que opta por el despido y los fundamentos fácticos que sustentan esa determinación, tal y como lo ilustra la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998.

Sobre este tópico, la Sala ha señalado en diversas ocasiones que le corresponde al trabajador que afirma que el fenecimiento de su vinculación obedeció a un despido, demostrar su ocurrencia, en tanto que al empleador, le atañe la justificación del mismo, pues para que el despido sea justo se lo debe motivar en causal reconocida por la ley o calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos de trabajo, probando en el proceso su existencia u ocurrencia y el cumplimiento de las formalidades pre-establecidas, según lo estipulado en el parágrafo del artículo 62 del C. S. del T.

Así las cosas, conforme lo anterior y tras la lente del principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del C de P.C, hoy 167 del C.G.P, procederá la Sala a estudiar el caso en concreto.

Lo primero que resalta la Sala es que mediante comunicación del 04 de diciembre de 2018 le fue notificado a la trabajadora que su contrato de trabajo se daría por terminado con justa causa (Fol. 15 a 16 archivo pruebas contestación).

En aquella comunicación se le hizo saber del despido a la demandante en los siguientes términos:

"Una vez analizadas las manifestaciones hachas por Usted en diligencia de descargos, así como las demás pruebas allegadas al proceso disciplinario, la empresa no encuentra justificación suficiente que permita eximirla de responsabilidad y por el contrario considera que Usted incurrió en faltas graves a sus obligaciones contractuales y reglamentarias al incumplir con sus funciones durante el turno de trabajo del día 4 de octubre de 2018, toda vez que, durante las 12 horas no le realizó cambios de posición y de pañal al paciente José Martín Castañeda Díaz lo cual le generó lesiones en la piel grado II, con el agravante de consignar en el documento establecido por la Empresa para el registro de etas actividades que en efecto si lo había hecho.

Vale la pena enfatizar que para la Empresa es reprochable que no solo haya incumplido con sus actividades como auxiliar de enfermería a sabiendas de la responsabilidad de la que está embestida su cargo, sino adicionalmente haya pretendido engañar a la Compañía registrando información no correspondiente con la realidad en el formato establecido para tal fin, pues claramente Usted reconoció que durante el turno no realizó cambio de posición ni de pañal a este paciente, circunstancia que afecta considerablemente la confianza depositada por la Empresa en Usted. Así mismo, esta situación conlleva que las lesiones causadas en el paciente por negligencia de su parte en el desarrollo de sus funciones vaya en contra del objeto social de la Compañía la cual se empeña en velar por la atención integral y efectiva de los pacientes con sentido humano.

De acuerdo a las anteriores consideraciones, y teniendo en cuenta que se trató de un hecho grave que causó afectación en la salud física de un paciente de la institución el cual se encontraba bajo su tutela, la Empresa ha decidido terminar de manera unilateral y con justa causa su contrato de trabajo a partir de la finalización de la jornada laboral del día 4 de diciembre del año dos mil dieciocho (2018), con sustento en las faltas graves cometidas a sus obligaciones contractuales y reglamentarias en especial lo establecido en las siguientes normas: Código Sustantivo del Trabajo: artículo cincuenta y ocho (58) numeral uno (1); Reglamento de Trabajo: artículos cuarenta y tres (43) numerales uno (1), doce (12), y veintiuno (21); cuarenta y cinco (45) numeral nueve (9); y cuarenta y ocho (48) literal d); Contrato de Trabajo: Cláusula segunda (2) numerales dos (2), cuatro (4), y nueve (9).

De esta forma se configura justa causa para dar por terminado el contrato conforme a lo señalado en el artículo sesenta y dos (62) numerales seis (6) del Código Sustantivo de Trabajo y en la cláusula sexta (6) numerales uno (1), siete (7), ocho (8), catorce (14), veintitrés (23) y treinta (30) del Contrato de Trabajo".

Conforme lo expuesto, en la comunicación de terminación unilateral y por justa causa, la entidad empleadora Clínica Colsanitas S.A. sí previno o apercibió a la actora no solo de las disposiciones legales trasgredidas, sino también de la falta o conducta que da lugar al finiquito del vínculo, la cual consistió en síntesis en no efectuar el cambio de posición y de pañal al paciente José Martín Castañeda Díaz (q.e.p.d), durante el turno del día 3 de octubre de 2018.

La parte pasiva en la carta de terminación del contrato hace referencia al reglamento interno de trabajo, y al clausulado del contrato de trabajo, de donde dedujo el a quo que la falta cometida por el actor estaba calificada como grave, lo que conduce a la Sala a estudiar si la conducta reprochada a la actora se encuentra calificada como grave en el contrato de trabajo, o reglamento interno, o por el contrario, al no estar catalogada como grave le corresponde al juez determinar si la misma es de tal entidad que da lugar a finalizar el contrato con justa causa.

Sobre el tema, ha establecido la jurisprudencia que: *"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."* (SL1077 de 2018).

No obstante, en sentencia de radicado No 35998 del 25 de junio de 2009, reiterada en sentencia de radicado No 38420 del 2 de mayo de 2012, la Corte Suprema de Justicia, estableció que: *"El hecho de que una conducta del trabajador sea calificada en el contrato de trabajo como falta grave que faculte al empleador para terminar el vínculo contractual por justa causa, no significa que el juez no pueda examinar los motivos aducidos para determinar si efectivamente el trabajador incurrió en dicha falta. Desde luego que no juzgará la gravedad de la misma, pues esa calificación ha sido previamente convenida por las partes, pero sí, si el trabajador incurrió en la conducta antilaboral, ya que en estos eventos no opera la responsabilidad objetiva"*

Así las cosas, en el sub lite, una vez contrastadas las disposiciones vulneradas con el contrato de trabajo (*Cláusula segunda (2) numerales dos (2), cuatro (4), y nueve (9) - Cláusula sexta (6) numerales uno (1), siete (7), ocho (8), catorce (14), veintitrés (23) y treinta (30)*), y Reglamento Interno de Trabajo (*Artículos cuarenta y tres (43) numerales uno (1), doce (12), y veintiuno (21); cuarenta y cinco (45) numeral nueve (9) y cuarenta y ocho (48) literal d*)), encuentra la Sala que el artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo establece que "constituyen faltas graves" la "d) Violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias"; de igual modo, el contrato de trabajo en la cláusula sexta establece las causas de terminación del contrato y precisa que "se convienen como faltas graves y justas causas de terminación del contrato las siguientes", y enuncia un elenco de 33 conductas constitutivas de faltas graves, y en particular a la actora se le endilgaron la uno (1), siete (7), ocho (8), catorce (14), veintitrés (23) y treinta (30).

De lo expuesto, de manera preliminar debe decirse que es acertada la postura del a quo en lo referido a que estaba constituida la falta como grave y que por ello no puede entrar a calificar la falta, dado que, como quedó dicho, las partes convinieron en el contrato de trabajo y en el reglamento interno la gravedad de algunas faltas, y que dan lugar a la terminación del contrato, razón por la cual, la gravedad de la falta en el asunto objeto de controversia no corresponde definirla al juez, dado que ya está definida por las partes, contrayéndose la función del juez en verificar "*si el trabajador incurrió en la conducta antilaboral, ya que en estos eventos no opera la responsabilidad objetiva*" (CSJ, SL, radicado No 35998 del 25 de junio de 2009)

En ese contexto, la Sala encuentra que la razón está del lado del a quo, ya que la actora en la diligencia de descargos realizada el 19 de noviembre de 2018 aceptó haber cometido la conducta reprochada por el empleador, en los siguientes términos:

Inicialmente a la pregunta de sus funciones como auxiliar de enfermería, respondió que son "*velar por los cuidados del paciente, hacer los controles y registros de los signos vitales, de los líquidos que se les administra al paciente, presentarse al paciente, dar las indicaciones de seguridad por riesgos de caída, todo lo que tiene que ver con la asistencia del paciente*"; frente al cambio de posición y de pañal del paciente, respondió: "*El paciente ese día se encontraba muy agónico entonces yo entré a la habitación varias veces en donde entraba a revisarle su patrón respiratorio, volvía y le revisaba el pañal pero el paciente toda la noche estuvo anurico, yo le hice todo para que tuviera confort en la cama y hasta el último momento cuando yo me fui a ir le revisé nuevamente el pañal porque no lo alcance a bañar, yo le aplique vaselina cerca a sus genitales pero lo que omití fue revisarle su parte sacra, de resto se le lubricaron todas sus partes que se pudieran afectar. Debo aportar que la familiar nunca se quejó de mi actitud ni de mi servicio, siempre estuvo muy agradecida conmigo*"; más adelante, se le pregunta cuál de sus funciones y responsabilidades omitió en el cuidado de la piel del paciente, ante lo cual respondió "*Revisarle la zona sacra donde se presentó la lesión*"; igualmente, se le preguntó el por qué realizó registros en el documento establecido por la empresa para señalar cambios de posición, cuando los mismos no se hicieron, a lo cual respondió que "*Porque no lo roté totalmente pero yo si le puse la almohada debajo de la escapula derecha e izquierda, en los pies*".

Ahora, al rendir interrogatorio de parte aceptó conocer las actividades como Auxiliar de Enfermería, y aceptó haber cometido la falta, ya que manifestó lo siguiente: "*si hubieron ciertos errores de no haberle dado la vuelta al paciente y revisado la escara, teniendo en cuenta que ese día le hicieron la sedación al paciente*", "*lo que no hice en ese momento fue rotarle la cola y mirarle la cola donde estaba la escara*"; ante la pregunta de cuál fue su incumplimiento manifestó que fue "*no haberle volteado la colita, ese fue mi incumplimiento*" "*no lo volteé completamente, solo le coloque la almohada, le ponía la almohada a los lados*".

De lo expuesto, para la Sala fluye de manera cristalina que la actora incumplió con sus obligaciones laborales que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, dado que incurrió en las conductas calificadas como graves por las partes en el contrato de trabajo, como lo son las establecidas en la cláusula sexta, particularmente, la del numeral (1), séptimo (7), catorce (14), veintitrés (23) y treinta (30), que establecen "*la violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones legales, reglamentarias o contractuales; cualquier falta a la ética, a juicio del Empleador; incurrir en actos de negligencia, descuido u omisión en la ejecución de la labor; el incumplimiento de las medidas de medicina, higiene y seguridad industrial, así como el*

programa de salud ocupacional o en cualquier memorando, o la trasgresión de los deberes, obligaciones y prohibiciones previstas en el reglamento interno de trabajo; y el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones especiales pactadas en este contrato”, respectivamente, siendo que tales obligaciones especiales se encuentran en la cláusula segunda, y en lo que concierne a la actora se le tipificaron la de los numerales dos (2), cuatro (4), y nueve (9), que señalan “Adoptar como postulado básico la humanización en la atención de los pacientes y familiares, respetando siempre sus derechos, protegiéndolo del sufrimiento; cumplir con sus funciones en forma responsable, profesional, ciñéndose a la ética profesional, teniendo en cuenta que del cabal cumplimiento de ellas dependerá la salud y la vida de los pacientes, atender y cumplir con los protocolos, procedimientos y bioseguridad exigidos para cada caso; y conocer y cumplir estrictamente todas las políticas, normas y procedimientos emanados por la organización”.

En efecto, la actora acepta que en ejercicio de sus funciones en el cargo de auxiliar de enfermería no realizó el cambio de posición del paciente José Martín Castañeda Díaz (q.e.p.d), durante el turno del día 3 de octubre de 2018 en la noche y 4 de octubre de 2018 al amanecer, así como tampoco cambió el pañal, pues a pesar de que debía realizar tal actividad cada dos horas, en lo relacionado con el cambio de pañal no lo hizo al evidenciar que “no había orinado” y frente al cambio de posición adujo que “*no lo roté totalmente pero yo si le puse la almohada debajo de la escapula derecha e izquierda, en los pies*”, es decir, teniendo claro cuál era su función, por demás aceptada en el diligenciamiento, omitió cumplir a cabalidad con sus funciones básicas en el turno en la cual tenía a cargo el paciente José Martín Castañeda Díaz (q.e.p.d), y si bien, en este estadio procesal no se determina la responsabilidad de lo que ocasionó las lesiones del paciente, es decir, si fue del anterior turno o si aquello era responsabilidad de la enfermera jefe y no de la auxiliar, que es precisamente la defensa de la actora, acota la Sala que lo que aquí se determina es si incurrió en la conducta antilaboral y si la misma ostenta tal gravedad para finiquitar el vínculo laboral con justa causa, independiente de la responsabilidad que se pueda acometer en relación con la demandante u otros funcionarios que estuvieron a cargo del paciente, y por ende, el argumento de que a la Jefe de Enfermería no se ha llamado a descargos o no se ha impuesto sanción alguna carece de toda relevancia en este proceso.

Igualmente, no es justificativo ni tampoco cambia la decisión el hecho de que posiblemente la lesión al paciente haya acontecido desde turnos anteriores, ya que en cierta medida debía la actora al recibir el turno verificar que lo consignado en las notas de enfermería coincidan con el estado del paciente, es decir, si bien en el turno anterior se colocó “piel integra”, sí la actora hubiera realizado el cambio de posición y de pañal del paciente en las dos horas siguientes a que recibió el turno, hubiera constatado de que el estado de la piel era “piel integra” o de encontrar alguna novedad lo hubiera reportado ante su superior o jefe de enfermería, pero nada de eso aconteció dado que se incumplió con su función esencial de realizar el cambio de posición y de pañal del paciente, y peor aún, cuando al entregar el turno no reporta ninguna novedad señalando normalidad en las notas de enfermería (Fol. 195 y 227).

Así las cosas, sobran las razones para dar por acreditada la justa causa para terminar el contrato, misma que las partes le asignaron el calificativo de “grave”, con lo cual, ante la comprobación de la conducta no queda otro camino que confirmar el fallo de primer grado en este aspecto.

(ii) Reintegro – aportes a seguridad social e indemnización moratoria.

Esgrimen el apoderado judicial de la parte activa, que se debe ordenar el reintegro; sin embargo, ninguna circunstancia de protección de estabilidad laboral reforzada se esgrime en el proceso, debiéndose precisar que el solo hecho de pretender que el despido fue sin justa causa, no da lugar al reintegro, ya que lo que allí procede es el pago de la respectiva indemnización, pero como atrás quedó dilucidado con amplitud, la terminación del contrato de trabajo fue con justa causa, deviniendo en improcedente el reintegro pretendido por esa senda.

Ahora en lo relacionado con el pago de aportes a seguridad social, entiende la Sala que es una pretensión consecuencial al reintegro, pero como se dijo, al haberse presentado la terminación con justa causa y ser improcedente el reintegro, por sustracción de materia se da la improcedencia de tal pretensión, y si lo que pretende la actora es que se realicen aportes faltantes u omitidos por el empleador, ninguna probatura allega al respecto, pues ni siquiera en los hechos de la demanda se hace alusión alguna al respecto, es decir, que sí la actora consideraba que existe periodos faltantes, debía por lo menos demostrar a que periodos se refiere, pero nada de ello se demostró en el proceso. La misma suerte corre la indemnización moratoria por falta de pago de la liquidación final de prestaciones, pues ningún fundamento fáctico se relata en el proceso, máxime cuando obra prueba de que la liquidación se pagó el 11 de diciembre de 2018 (Fol. 17 archivo Cd- Fol. 160), es decir, a escasos siete días de finalizada la relación laboral, con lo cual, también resulta infructuoso tal pedimento.

Bajo ese horizonte, sin que haya más por resolver, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia en su integridad.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por haberse revisado la decisión de instancia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

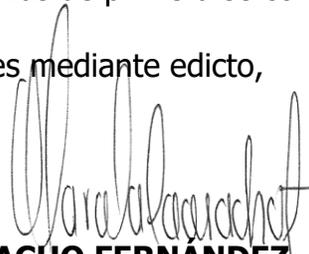
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de abril del 2022, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las razones vertidas en esta providencia.

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NELSON ALIRIO CANO CUERVO
Demandado: BANCO POPULAR S.A.
Radicación: 11001-3105-032-2020-00447-01.
Tema: TERMINACIÓN CON JUSTA CAUSA- REINTEGRO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. NELSON ALIRIO CANO CUERVO instauró demanda ordinaria contra el BANCO POPULAR S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia del despido por haberse efectuado con violación al principio de estabilidad laboral reforzada, dada su calidad de prepensionado, en consecuencia, se condene al Banco Popular S.A. al reintegro al cargo desempeñado o a otro de igual o superior categoría, sin solución de continuidad, junto con el pago de los salarios, incrementos legales y convencionales y prestaciones dejadas de percibir, así como también el pago de los aportes al sistema de seguridad social integral. De manera subsidiaria solicita que se condene a la reliquidación de las cesantías, teniendo en cuenta la totalidad del tiempo servido e incluyendo el último salario mensual realmente devengado, así como las primas extralegales de junio y diciembre; que se condene a la indemnización convencional por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, conforme el artículo 4 del literal d) de la Convención Colectiva de Trabajo; la indexación o en su defecto la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como sustento factico de las pretensiones indicó que empezó a laborar al servicio del Banco Popular S.A. desde el 16 de noviembre de 2004 hasta el 03 de octubre de 2019, siendo su último cargo el de Cajero Principal, con un salario de \$3.269.879,96; que el 03 de octubre de 2019 la entidad demandada le dio por terminado el contrato de trabajo, por una presunta irregularidad en el trámite de un cheque, al haberse abonado el mismo a las cuentas Fiduciarias del Banco Popular S.A.; que por los mismos hechos el trabajador Jorge Eliecer Alarcón Pineda, quien incurrió once veces en la misma conducta fue sancionado con un solo día de suspensión, por lo que se infringió por el Banco el derecho a la igualdad; que es beneficiario de la Convención Colectiva suscrita entre el Banco Popular S.A. y el sindicato UNEB; que la Convención Colectiva establece un procedimiento disciplinario; que los hechos que le endilga el Banco datan del mes de agosto de 2018, sin embargo, la empresa manifiesta que tuvo conocimiento de tales hechos el 4 de junio de 2019; que fue llamado extemporáneamente a descargos el 10 de septiembre de 2019, es decir, después de tres meses y seis días, cuando la norma convencional establece que debe ser dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se tenga conocimiento de la falta; que no hubo inmediatez entre los hechos que

originaron los descargos y la fecha de despido, ya que pasó un lapso de 23 días; que conforme la Convención Colectiva, las sanciones por faltas laborales prescriben a los treinta y cinco días contados a partir de la fecha en que el Banco conozca de la falta; que el artículo 4 de la Convención Colectiva se pactó el régimen de indemnización por terminación unilateral sin justa causa, adicionalmente se señaló el reintegro; que durante la vigencia de la relación laboral nunca recibió llamados de atención por mala conducta e incumplimiento de sus deberes y obligaciones laborales; que para la fecha del despido le faltaban menos de dos años para adquirir el status de pensionado; que el Banco demandado vulneró su derecho a una vida digna, ya que el salario era su única fuente de subsistencia personal y familiar; que para la fecha de terminación del contrato de trabajo el Banco demandado no le canceló la totalidad de prestaciones sociales, ya que no le tuvo en cuenta el salario realmente devengado, ni las primas extralegales de junio y diciembre; que el despido injusto le ocasionó unos perjuicios materiales en cuantía superior a los \$94.000.000; que el 16 de noviembre de 2019, el Banco no le pagó el tercer quinquenio convencional al que tenía derecho. (Fols. 2 a 27 archivo No 03)

2. Contestación BANCO POPULAR S.A.: En lo que interesa a la causa, se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que el contrato de trabajo finalizó con justa causa, a raíz de haberse verificado una conducta contraria a los lineamientos trazados por la entidad bancaria, tales como, las políticas, los manuales operativos, el manual de caja, los procedimientos y/o controles y el reglamento interno de trabajo, además, sin que implique aceptación alguna por parte del Banco, un eventual reintegro no es aconsejable, ya que ni la ley ni la convención colectiva lo consagran; respecto a las pretensiones subsidiarias adujo que el Banco canceló a la finalización del contrato todos los emolumentos salariales y prestacionales adeudados, teniendo en cuenta el salario promedio y la totalidad del periodo en el que el actor prestó sus servicios; que no hay lugar a la indemnización por terminación del contrato, ya que el mismo se extinguió con justa causa. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación, y la genérica. (Fol. 1 a 14 archivo No 07).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de junio del 2022, en la que el fallador declaró probadas las excepciones de falta de causa, pago e inexistencia de la obligación formulada por la demandada, absolviendo al Banco Popular S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor NELSON ALIRIO CANO CUERVO, imponiéndole costas procesales.

Para arribar a tal decisiva, y en lo que interesa para los fines del recurso de apelación, empezó por señalar que no era objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo y sus extremos, siendo objeto de discusión la terminación del contrato de trabajo, así como lo relativo a la estabilidad laboral por ostentar la calidad de prepensionado y la liquidación final de prestaciones.

Frente a la estabilidad laboral en su condición de prepensionado, manifestó que para octubre de 2019 contaba con 60 años de edad, y se aportó la historia laboral de Colpensiones, en la que se señala que cuenta con 1.506.57 semanas a octubre de 2019; que en tratándose de prepensionados la Corte Constitucional en sentencia SU03 de 2018, reiterada en la T-055 de 2020, señala que cuando el único requisitos pendiente es la edad, no se puede ser beneficiario de la condición de prepensionado, ya que se frustra la pensión de vejez, al poder obtener la misma al cumplimiento de la edad, sin necesidad de estar vinculado laboralmente, además que en el interrogatorio

manifestó que ya cuenta con la pensión de vejez, por lo que procedió a desestimar tal pretensión.

Sobre la terminación con justa causa, adujo que frente a la extemporaneidad del llamado a descargos se aportó la convención colectiva, y en su artículo 9 establece un procedimiento para aplicación de sanciones, por lo cual manifestó que acogiendo los argumentos de la pasiva, una cosa es la sanción disciplinaria y otra el despido con justa causa; sin embargo, en el presente asunto, al margen de tal situación, el actor fue llamado a descargos, por lo que entró a verificar si se hizo dentro del término estipulado. En el caso concreto, estableció que el origen de los descargos lo fue el informe de la contraloría CGPA0040-2019 del 4 de junio de 2019, y obra comunicación del 29 de agosto de 2019, en la que es citado a descargos, luego de haberse reintegrado de las incapacidades 28 de agosto de 2019. Igualmente, en la comunicación que lo citó a descargos se informa los títulos valores en los cuales se presentó la irregularidad. Asimismo, la organización sindical solicita aplazar la diligencia de descargos.

Que la diligencia de descargos se llevó a cabo el 10 de diciembre de 2019, precisando que desde junio de 2019 estuvo incapacitado y hasta el 27 de agosto de 2019, es decir, que para el 4 de junio de 2019 el demandante se encontraba incapacitado; que en el interrogatorio manifestó haber estado incapacitado desde marzo de 2019 y que se reintegró hasta finales de agosto, de allí que, el llamado no se considera extemporáneo, ya que no estaba ejerciendo sus funciones, lo que denota que el llamado a descargos sí se hizo dentro de los tres días siguientes al conocimiento de la irregularidad por parte del banco, con la particularidad de que esos tres días empiezan a correr después del reintegro a sus labores dada la incapacidad del actor.

Igualmente, que el literal H) del artículo 9 de la Convención Colectiva, establece la prescripción de treinta y cinco días; sin embargo, para el caso concreto, los términos empiezan a contar desde el 28 de agosto de 2019, y desde esa calenda hasta el 03 de octubre de 2019, no habían transcurrido, sin perjuicio de que el despido no es una sanción, por lo que no se vulneró el procedimiento establecido en la Convención Colectiva.

Ahora, respecto de la conducta, consideró que está debidamente acreditado en el proceso, y no es objeto de discusión que el demandante en calidad de cajero del Banco, procesó las transacciones de los títulos valores, que fueron abonados a una cuenta de la Fiduciaria Popular, títulos que tenían una nota restrictiva de que se pague al primer beneficiario, que era el banco popular y en dos traía una referencia OB, haciendo alusión a una obligación.

Refirió el actor que era una práctica del Banco realizar abonos a la Fiduciaria Popular; sin embargo, no pasa de ser una afirmación, y pese a que la testigo Luz Marina Mosquera refirió que era normal recibir cheques para la fiduciaria, así como también el señor Fredy Rivera Daza refirió que no existía instructivo de cómo proceder, y el señor Carlos Ramiro Urrea, manifestó que eran cheques de gerencia girados a nombre del banco, que se podían consignar a la fiduciaria, y que todos los compañeros del banco hacían lo mismo, lo cierto es que, en el caso de Fredy Rivera Daza y el señor Carlos Ramiro Urrea fueron tachados en razón a su vinculación como dirigentes sindicales, observando el despacho que estos dos testimonios reiteran la posición de la organización sindical frente al demandante y los demás trabajadores sindicalizados; que respecto a Luz Marina era asistente regional y no era cajera, además que refirió que existía un manual de caja de toda la vida, manual de caja que fue aportado con la

contestación de la demanda; que si bien se expidió con posterioridad un boletín No 8680404 del 03 de mayo de 2019, dicho boletín recuerda el procedimiento al recibir cheque con restricción cuenta primer beneficiario, pero no está estableciendo nuevas normas, de allí que, contrario a lo manifestado por el demandante, si está acreditada la incursión en la conducta, ya que era de conocimiento del demandante, quien ejercía como cajero principal y tenía trayectoria en el banco e incumplió con el manual, esto es, que se dio destinación diferente a la consignación de los recursos, máxime cuando el mismo demandante lo reconoce en el interrogatorio.

Frente al derecho a la igualdad respecto a otro trabajador, manifestó que no se vulnera tal principio, ya que el banco tiene dentro de sus potestades analizar y verificar las exculpaciones brindadas, y para el caso que nos ocupa, se tiene establecido en el reglamento como falta grave y el despacho no puede entrar a calificar la falta.

Finalmente, en lo relacionado con la reliquidación de las cesantías, más allá de la mención del no pago en debida forma, no se presenta argumentación de cuál es el faltante, y una cosa es el salario básico que percibía y otro el salario con el cual se liquidaron las cesantías, no pudiéndose establecer cuál es valor faltante en las cesantías, siendo carga argumentativa de la parte demandante, el cual no se evidencia.

(Audiencia virtual, archivos 19 y 20)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte **demandante** formuló recurso de alzada pidiendo que se revoque la decisión de instancia y se acojan las pretensiones en su integridad, bien como principales o subsidiarias; que el a quo incurrió en errores de hecho, derivado de la equivocada apreciación de la carta de despido, los descargos, las incapacidades, el informe de contraloría, la convención colectiva y demás documentos; que se vulneró el procedimiento convencional; que se vulneró el derecho a la igualdad; que no se tuvo en cuenta en la liquidación todo el tiempo laborado; que la carta de despido solo prueba el hecho, pero no la justificación; que no hay prueba de que el Banco haya notificado el informe al trabajador, ya que se convirtió en prueba secreta; que las partes no pueden fabricar a su amaño la prueba; que sí es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, al faltarle menos de tres años para pensionarse, privándole su única fuente de subsistencia; que la citación a descargos no se interrumpe por la incapacidad, por lo que no se cumplió con el procedimiento convencional; que el despido es la mayor sanción en materia laboral; que no se tuvo en cuenta el término prescriptivo de la falta; que otro trabajador hizo once veces la misma conducta y no se le aplicó la misma sanción; que fue despedido por ser un trabajador antiguo; que se vulneró el principio de igualdad y proporcionalidad; que el testimonio de Luz Marina Mosquera, quien fue jefe de personal del Banco demandado, dijo que el demandante fue uno de los mejores trabajadores del Banco; que el banco no probó el hecho constitutivo de la falta; que los testigos Fredy Rivera y Carlos Romero no fueron valorados por ser miembros de la UNEB, además que dieron cuenta de la extemporaneidad de la notificación de la falta; que no existió inmediatez entre la falta y el despido; que se demuestran los perjuicios y el banco no demostró lo contrario, además el perjuicio endilgado va unido con los perjuicios morales.

5. Alegatos.

5.1 Demandada. Solicita que se confirme la decisión absolutoria dictada en primera instancia, dado que el demandante incurrió en conductas contrarias a los lineamientos trazados por el Banco para el desarrollo de la operación bancaria, generándose la justa causa que dio lugar a la terminación del contrato.

5.2 Demandante. Peticiona la revocatoria de la decisión y se conceda las suplicas de la demanda, ya que el actor al faltarle menos de tres años para adquirir el derecho a la pensión lo coloca en la calidad de pre pensionado, además el salario era su única fuente de subsistencia; que el Banco vulneró el procedimiento disciplinario convencional, además que el hecho endilgado era de común ocurrencia entre la totalidad de cajeros; que el boletín extraordinario se expidió con posterioridad a los hechos endilgados al actor; que las actuaciones del actor no arrojaron perjuicios para el Banco; que se vulneró el principio de igualdad y proporcionalidad; que existe una diferencia en el valor de las cesantías definitivas.

6. CONSIDERACIONES

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) Para la fecha de terminación del contrato de trabajo el actor se encontraba amparado por el fuero de estabilidad en calidad de prepensionado? En caso negativo **ii)** ¿hay lugar al reintegro? Y en caso negativo **iii)** ¿El despido por parte de la demandada atendió a una justa causa o, por el contrario, lo fue sin que mediara justa causa? De presentarse esto último, **iv)** ¿Procede la indemnización por despido establecida en la Convención Colectiva? Igualmente, **v)** ¿hay lugar a la reliquidación de las cesantías?

Relación laboral

No existe controversia respecto a que el actor prestó sus servicios para la demandada BANCO POPULAR S.A. desde el 16 de noviembre de 2004 hasta el 04 de octubre de 2019, tal como lo consideró el a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba documental (Fols. 173 a 176, 183 y 189 archivo No 07), contentiva del contrato de trabajo, carta de terminación del contrato, y liquidación final de prestaciones, en ese orden, la discusión radica en si es beneficiario de la estabilidad laboral en calidad de prepensionado y si la terminación del contrato lo fue con o sin justa causa.

(i) Prepensionado

En lo relacionado con que al momento del despido contaba con una avanzada edad que no le permitía conseguir un nuevo trabajo, debe decirse que las relaciones laborales *"no son perennes o indefinidas, pues tanto el empleador como el trabajador, en las condiciones previstas en la ley y en el contrato tienen libertad para ponerles fin..."*(C107-2002), siendo uno de los limitantes en estos aspectos, el hecho de que el trabajador se encuentre a menos de 3 años para cumplir con los requisitos para pensionarse, específicamente el requisito del tiempo mínimo requerido, ya que si le falta solo la edad, no aplica la protección de estabilidad laboral reforzada de prepensionado (SU003-2018).

Igualmente, la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL442-2022, al referirse a la sentencia SU003-2018 de la Corte Constitucional, asentó que ya la Corte Constitucional desde sentencia T-972 de 2014, había fijado como regla de decisión que:

"cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea la edad, porque ya se cuenta con el número mínimo de semanas de cotización, la desvinculación del trabajador no frustra la obtención de la pensión de vejez. De ahí que no hay lugar a considerar que bajo ese supuesto «la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente”.

En el sub examine, no puede aflorar esta protección constitucional, ya que para el 03 de octubre de 2019, contaba más de las 1.300 semanas tal como se reporta de la historia laboral de cotizaciones en COLPENSIONES (Fol. 118 a 120 archivo No 03), al acreditar 1.505,57 semanas, y para esa misma calenda contaba con 60 años de edad, por haber nacido el 11 de julio de 1959 (Fol. 131 archivo No 03), es decir, ya había superado el requisito de densidad de cotizaciones exigidas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, quedando pendiente el cumplimiento de la edad mínima de 62 años para causar la prestación pensional, lo que significa que al estar pendiente solo el cumplimiento de la edad, no logra encuadrar en la protección de estabilidad laboral en calidad de prepensionado, aunado a que, con la terminación del contrato de trabajo no se frustró su derecho pensional, dado que el requisito de la edad lo cumplió con posterioridad, sin que tenga relevancia la continuación del vínculo laboral.

(ii) Terminación del contrato de Trabajo

Proceso disciplinario para terminación de contrato de trabajo por justa causa

Sobre el punto, reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que no se requiere adelantar un procedimiento para la terminación del contrato de trabajo con justa causa, si el mismo no se encuentra estipulado en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo o convención colectiva de trabajo, además que no se puede equiparar la terminación del contrato de trabajo por justa causa con una sanción disciplinaria.

Para desatar la controversia, amerita traer a colación lo predicado de vieja data en sentencia del 21 de julio de 1991, radicado No 4392, en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, asienta que: *"la existencia de un trámite o procedimiento para despedir, convencional o reglamentario, de obligatorio cumplimiento para el patrono es un hecho que, como tal, deberá acreditarse con los medios idóneos dentro del proceso. La carga de la prueba de ese hecho incumbirá, naturalmente, a la parte que lo afirme con el propósito de obtener su efecto jurídico (art.177 del C. de P.C). Establecido ese trámite o procedimiento, el empleador obligado por él deberá acreditar su observancia so pena que el despido sea calificado como ilegal. (...) de este modo, **si el trabajador pretende que su despido, además de injusto fue ilegal, tendrá que indicarlo así en su demanda, y si esa ilegalidad se fundamenta en el incumplimiento de un trámite convencional o reglamentario será suya la carga de la prueba de la existencia de dicho trámite.** Solo entonces el patrono deberá, si pretende quedar liberado de las indemnizaciones correspondientes demostrar que también cumplió a cabalidad dicho procedimiento o trámite”.*

En este punto, viene a propósito traer a colación lo pregonado en las sentencias No 30612 y 32422 del año 2008, por la Sala de Casación Laboral de nuestro máximo

órgano Jurisdiccional, al señalar: *“Esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que el despido no es una sanción disciplinaria, y que por ende para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como por ejemplo en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo, que no es el caso que nos ocupa”.*

Sobre este aspecto, en el sub lite, se constata que en la Convención Colectiva de Trabajo (Fols. 94 a 11 archivo No 03) existe un *“procedimiento para aplicación de sanciones”*, procedimiento que fue el aplicado por la empresa al trabajador; sin embargo, en lo que refiere a la clase de sanciones, el artículo 9º de la referida convención, estipula el llamado de atención escrito, y la suspensión temporal del contrato de trabajo hasta por seis días por la primera vez, hasta por doce días la segunda y la siguiente o siguientes hasta por treinta días cada una, sin que se incluya la terminación del contrato de trabajo, pues esta última facultad está establecida en el artículo 95 del reglamento interno de trabajo (Fols. 267 archivo 07), en los siguientes términos: *“la violación o no cumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones o prohibiciones señaladas en este reglamento, dará lugar, a juicio del Banco, a la cancelación unilateral del contrato de trabajo por justa causa, o la imposición de una de las siguientes sanciones disciplinarias”*, por ende, lo primero que viene a propósito colegir es que no es cierta la afirmación realizada en el libelo genitor por la parte actora, respecto a que la terminación del contrato de trabajo es una sanción disciplinaria, pues si bien la entidad hace uso del procedimiento disciplinario (descargos y acompañamiento de dos representantes de la organización sindical), lo hace en función a que la conducta puede dar lugar a la aplicación de una sanción contemplada en el artículo 9º de la Convención Colectiva o 95 del Reglamento Interno de Trabajo, pero en el evento de encontrar que la misma da lugar a finiquitar el contrato de trabajo, utiliza la facultad unilateral, sin que tal decisión tenga los mismos efectos de una sanción disciplinaria, o que, como lo menciona el recurrente *“el despido es la mayor sanción”*.

Al respecto, en casos análogos como al aquí debatido contra el Banco Popular, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL15245-2014 hace referencia al artículo 9 de la Convención Colectiva y al Reglamento Interno de Trabajo, para responder el argumento de que *“el despido es la mayor sanción”* y que, por ende, el banco debía ceñirse al procedimiento convencional para terminar el contrato de trabajo. Se adujo en esa oportunidad que:

*“Con todo, al margen de la técnica, ya se dejó atrás explicado por la Sala que, tanto esta Corte como la Constitucional, tienen asentado que el despido, por regla general, no es una sanción disciplinaria, a menos que en la normatividad interna de la empresa se le haya dado expresamente esa condición para someterla a un procedimiento disciplinario, **más no vía interpretación extensiva de la respectiva cláusula que contiene un procedimiento disciplinario, como lo pretende sin suerte alguna la censura**”.*
(Subrayado fuera del texto).

De lo anterior, lo primero que viene a propósito colegir, es que no le asiste razón al alzadista en aducir que el despido es la mayor sanción disciplinaria, y por esa vía, no tenía obligación la entidad demandada de seguir un procedimiento para efectos de dar por terminado el contrato de trabajo del actor; sin embargo, como quiera que el actor fue citado a diligencia de descargos aduciendo que la misma se hacía en cumplimiento de lo establecido en el artículo 9 de la Convención Colectiva, resta por mencionar que

la citación a descargos no fue extemporánea como lo aduce el actor, ya que no puede desconocerse que fue el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte manifestó que entre marzo y agosto de 2019 estuvo incapacitado a consecuencia de un accidente, retomando sus funciones en la entidad a finales de agosto. Asimismo, obra el "record de incapacidades y ausentismos" (Fol. 239 a 241 archivo No 07), en la que se observa que estuvo incapacitado desde el 16 de marzo de 2019 hasta el 27 de agosto de 2019, reintegrándose a sus labores a partir del 28 de agosto de 2019.

Ahora, debe tenerse en cuenta que la entidad tuvo conocimiento de la irregularidad presentada con algunos cheques a través del informe de la Gerencia de Contraloría de la entidad, CGPAS0040-2019 (Fols. 191 a 210), datado el 04 de junio de 2019, fecha para la cual el actor estaba incapacitado, pues la misma perduró hasta el 27 de agosto de 2019 (Fol. 239 a 241 archivo No 07), por lo que, necesariamente se debía esperar el retorno a sus funciones para proceder a llamarlo a la diligencia de descargos, que fue lo que precisamente aconteció, pues fue citado mediante oficio del 29 de agosto de 2019 (Fols. 206 archivo No 07), luego, en gracia de discusión, se cumplió con el término que establece el artículo 9 de la Convención Colectiva que establece que será llamado el trabajador a rendir sus explicaciones dentro de los tres días siguientes al conocimiento por parte del banco de la conducta. Igualmente se cumplió con citar a la organización sindical UNEB para que realizara el respectivo acompañamiento al trabajador (Fols. 207 a 210).

Bajo ese panorama, en el entendido que la terminación del contrato de trabajo no constituye una sanción disciplinaria, procede la Sala a verificar si la conducta endilgada al actor constituye una justa causa.

Justa Causa para la terminación del contrato de trabajo

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, regula la terminación del vínculo laboral por justa causa, el cual prevé dos obligaciones para quien lo dé por terminado; la primera es subjetiva y versa sobre las causales contempladas en sus literales a) y b); la segunda tiene que ver con la forma en que se da por terminado el contrato, pues impone la carga de expresar al momento de la terminación del vínculo la causal por la que opta por el despido y los fundamentos fácticos que sustentan esa determinación, tal y como lo ilustra la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998.

Sobre este tópico, la Sala ha señalado en diversas ocasiones que le corresponde al trabajador que afirma que el fenecimiento de su vinculación obedeció a un despido, demostrar su ocurrencia, en tanto que al empleador, le atañe la justificación del mismo, pues para que el despido sea justo se lo debe motivar en causal reconocida por la ley o calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos de trabajo, probando en el proceso su existencia u ocurrencia y el cumplimiento de las formalidades pre-establecidas, según lo estipulado en el párrafo del artículo 62 del C. S. del T.

Así las cosas, conforme lo anterior y tras la lente del principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del C de P.C, hoy 167 del C.G.P, procederá la Sala a estudiar el caso en concreto.

Lo primero que resalta la Sala es que mediante comunicación del 04 de octubre de 2019 le fue notificado al trabajador que su contrato de trabajo se daría por terminado con justa causa (Fol. 37 a 43 archivo No 01).

En aquella comunicación se le hizo saber del despido al demandante en los siguientes términos:

"La Dirección General del Banco Popular le informa que da por terminado su contrato de trabajo con justa causa a partir del 4 de octubre de 2019, siendo hoy su último día laborado, con base en el informe de la Gerencia de Contraloría No CGPAS0040-2019 de fecha 04 de junio del 2019, teniendo en cuenta los graves hechos que se describen a continuación, los cuales no fueron debidamente justificados por usted en el proceso disciplinario que se le adelantó, cuando usted en ejercicio de sus funciones como Cajero Principal de la oficina Av. Chile, violó no solo los procedimientos, políticas, manuales operativos sino también el Reglamento Interno de Trabajo, así:

*Durante el mes de agosto de 2018, usted procesó de forma irregular las transacciones de consignaciones de 4 cheques de gerencia de la siguiente manera: 2 de ellos librados a nombre del "BANCO POPULAR" y 2 librados a "BANCO POPULAR **OB: 0000000260000879"; "BANCO*POPULAR**OB:00000000000000 00859" por un total de \$155.167.664, dinero que usted abonó erradamente a la cuenta rentar de la Fiduciaria Popular No 50008300020-0 a nombre de Cristian Camilo Martínez C.C. No 1.033.700.596, a pesar de que el Beneficiario de los cheques no correspondía al titular de la cuenta de la fiduciaria, omitiendo al momento de realizar dichas operaciones el sello restrictivo de negociabilidad de los títulos valores "PARA CONSIGNAR ÚNICAMENTE A LA CUENTA DEL PRIMER BENEFICIARIO", sin verificar que al respaldo de los cheques no había anulación de la restricción por parte del girador, para la cual estampó el sello "certificamos que este cheque fue consignado a la cuenta del primer beneficiario", dinero que fue retirado por el Sr. Cristian Camilo Martínez.*

(...)

Por lo tanto, no solamente incumplió sus obligaciones contractuales contenidas en el contrato de trabajo el día 16 de noviembre de 2004 en la cláusula sexta literales j, sino también obligaciones de carácter convencional y reglamentarias, como las previstas en el Reglamento Interno de Trabajo, numeral 12 del artículo 87; la prohibición del numeral 53 del artículo 94, numerales 6 y 16 del artículo 104, en concordancia con el artículo 6º literal A, numeral 6 de la Convención Colectiva de Trabajo del 13 de enero de 1978, y el artículo 62, literal a) numeral 6º del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, ameritando la cancelación por justa causa de su contrato de trabajo, como quedó inicialmente consignado, por cuanto el Banco no puede contar entre sus colaboradores con personas que defrauden la confianza que con ocasión de sus funciones le ha depositado".

Conforme lo expuesto, en la comunicación de terminación unilateral y por justa causa, la entidad empleadora BANCO POPULAR S.A. sí previno o apercibió al actor no solo de las disposiciones legales trasgredidas, sino también de la falta o conducta que da lugar al finiquito del vínculo, la cual consistió en síntesis en abonar o consignar cuatro cheques de gerencia a una cuenta diferente a la que se debía realizar la operación.

La parte pasiva en la carta de terminación del contrato hace referencia al reglamento interno de trabajo, al clausulado del contrato de trabajo y la convención colectiva,

documentos de los que dedujo el a quo que la falta cometida por el actor estaba calificada como grave, lo que conduce a la Sala a estudiar si la conducta reprochada al actor se encuentra calificada como grave en el contrato de trabajo, reglamento interno o convención colectiva, o por el contrario, al no estar catalogada como grave le corresponde al juez determinar si la misma es de tal entidad que da lugar a finalizar el contrato con justa causa.

Sobre el tema, ha establecido la jurisprudencia que: *"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."* (SL1077 de 2018).

No obstante, en sentencia de radicado No 35998 del 25 de junio de 2009, reiterada en sentencia de radicado No 38420 del 2 de mayo de 2012, la Corte Suprema de Justicia, estableció que: *"El hecho de que una conducta del trabajador sea calificada en el contrato de trabajo como falta grave que faculte al empleador para terminar el vínculo contractual por justa causa, no significa que el juez no pueda examinar los motivos aducidos para determinar si efectivamente el trabajador incurrió en dicha falta. Desde luego que no juzgará la gravedad de la misma, pues esa calificación ha sido previamente convenida por las partes, pero sí, si el trabajador incurrió en la conducta antilaboral, ya que en estos eventos no opera la responsabilidad objetiva"*

Así las cosas, en el sub lite, una vez contrastadas las disposiciones vulneradas con el contrato de trabajo (cláusula sexta literales j), reglamento interno de trabajo (numeral 12 del artículo 87; la prohibición del numeral 53 del artículo 94, numerales 6 y 16 del artículo 104) y convención colectiva de trabajo (artículo 6° literal A, numeral 6 de la CC), encuentra la Sala que de allí no se desprende que las partes hayan calificado las conductas como graves, pues en lo que respecta al contrato de trabajo el literal j) de la cláusula sexta menciona que serán justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo "Cualquier violación grave en concepto del Banco de sus obligaciones legales, reglamentarias y contractuales; a su turno, el numeral 12 del artículo 87 del Reglamento Interno de trabajo hace alusión a las obligaciones especiales, en particular a "acatar y cumplir las instrucciones y procedimientos que determine el Banco en forma general o particular", y el numeral 6 y 16 del precitado reglamento hace alusión a las justas causas de terminación del contrato, sin el calificativo de graves, a *"cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios"* y *"la violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales y reglamentarias"*; a la vez, el artículo 6° literal A, numeral 6 de la CC, es del mismo tenor de lo establecido en precedencia por el reglamento interno de trabajo en el numeral 6 del artículo 104.

De lo expuesto, de manera preliminar debe decirse que es parcialmente equívoca la postura del a quo en lo referido a que estaba constituida la falta como grave y que por ello no era posible entrar a calificar la falta, dado que, como quedó dicho, ninguna disposición endilgada al actor y contenida en el contrato de trabajo, reglamento interno

de trabajo, y convención colectiva, contienen el calificativo de "grave", es decir, no se enuncia que las disposiciones quebrantadas hayan sido acordadas por las partes como "graves" y que den lugar a la terminación del contrato, razón por la cual, la gravedad de la falta en el asunto objeto de controversia le corresponde definirla al juez, lo que a pesar del dislate jurídico del a quo, fue lo que en realidad hizo, pues consideró que el actor había transgredido el manual de caja, el cual era de conocimiento del demandante, quien ejercía como cajero principal y tenía trayectoria en el banco, esto es, que se dio destinación diferente a la consignación de los recursos.

En ese contexto, la Sala encuentra que la razón está del lado del a quo, ya que no es justificativo la postura del actor en punto a que otros compañeros hacían lo mismo, pues debe tenerse en cuenta que el actor ejerció como cajero principal desde el 16 de noviembre de 2004, y entre sus funciones se encuentra la de "atender las operaciones de pagos y recaudos por ventanilla, para satisfacer las necesidades de clientes y usuarios del banco" (Fol. 179 archivo No 07) y en la guía de acción de sus funciones se establece: "aplicar las disposiciones, normas, controles, boletines, procedimientos, políticas y reglamentaciones existentes relacionadas con su cargo y estar en permanente actualización respecto de las mismas", documento debidamente firmado por el actor, aunado a que aceptó en el interrogatorio de parte tener conocimiento de las políticas, manuales y boletines del Banco.

En particular, la irregularidad que se le achaca al actor es por haber incumplido el Manual de Caja, numeral 12, mismo que establece el proceder del cajero cada vez que se realice una operación por medio de cheque (Fol. 185 a 186 archivo No 07), en los siguientes términos:

"¿Qué hace? / ¿Cómo lo hace?"

Verifica cheques recibidos a cargo de otros Bancos Locales (Otros Bancos y Oficinas del Banco Popular diferentes a la recaudación) y cheques de la oficina donde se consigna, contarlos, sumarlos y verificar que coincidan contra los valores registrados en la consignación/recaudo.

Verifica que el resto de los cheques (cheques Banco Popular y Cheques de otros Bancos locales) vengán relacionado el número de la cuenta (en caso de que encuentren más de un número de cuenta al respaldo del cheque deba anular o tachar el o las que no correspondan y subrayar la que sí) y la cadena de endosos con sus respectivos números de identificación, adicionalmente verificar si los cheques traen sellos restrictivos.

Si el cheque tiene sellos restrictivos se debe confirmar que el beneficiario del cheque es el mismo titular de la cuenta, certificar los cheques que contengan cruce restrictivo "páguese, consígnese Únicamente en cuenta del Primer Beneficiario" y que al respaldo del cheque no tenga la anulación de la restricción por parte del girador, estampando al reverso del cheque el sello con la siguiente leyenda "CERTIFICAMOS QUE EL PRESENTE CHEQUE HA SIDO CONSIGNADO EN LA CUENTA DEL PRIMER BENEFICIARIO".

De conformidad con el informe de Gerencia de Contraloría CGPAS0040-2019 (Fols. 191 a 204 archivo No 7), del 04 de junio de 2019, se encontró hallazgos referido a "cheques de Gerencia girados a Banco Popular con sello restrictivo y consignados a fondos de pensiones voluntarias", y en particular en el caso del actor, cuatro cheques, que sumados dan un valor total de \$155.167.664.

En efecto, los cuatro cheques (Fols. 29 a 32), tienen la nota restrictiva de "para consignar únicamente al primer beneficiario", pero se hizo el abono a la cuenta de la fiduciaria del Banco Popular - fondo de pensiones voluntarias, cuyo titular aparece Cristian Martínez, cuando lo correcto era consignar al beneficiario Banco Popular, además nótese que el Manual de Caja establece que cuando el cheque tiene nota restrictiva se "*debe confirmar que el beneficiario del cheque es el mismo titular de la cuenta*", es decir, que al estar dirigido el cheque al Banco Popular, se debía verificar que los recursos entren a la cuenta del Banco Popular o a la obligación o primer beneficiario a cargo del Banco Popular y no a otra cuenta, como aconteció, ya que los dineros fueron consignados a la Fiduciaria del Banco Popular cuyo titular es una persona natural diferente a la obligación o cuenta donde debía imputarse el valor del cheque, además, a pesar de tener la nota restrictiva y no verificarse en debida forma el primer beneficiario, se procedió a realizar la consignación a una cuenta que no correspondía con el primer beneficiario, y se colocó el sello de "certificamos consignación de cheque en la cuenta del primer beneficiario", es decir, desde lo formal se cumplió con el procedimiento señalado en el manual, pero se omitió verificar la cuenta del primer beneficiario, lo que condujo a configurar el hallazgo reportado en la auditoría interna, y de contera a configurar la justa causa para la finalización del contrato, ya que la conducta fue aceptada por el demandante, solo que su exculpación radica en que otros cajeros realizaban la misma operación y que "en ninguna parte de los cheques estaba impresa algún enunciado o número que correspondiera con una obligación de libranza del Banco Popular" (Fol. 216 a 227 archivo No 07).

Debe tenerse en cuenta que la última afirmación, de que en ninguna parte de los cheques estaba impreso algún enunciado o número de obligación, no corresponde con la realidad, ya que los cheques No 3020337 y 1988063, de manera clara contienen como beneficiario el Banco Popular y las siglas OBL260000879 y OBL6433, respectivamente, pero se terminó haciendo la consignación a la cuenta del fondo de pensiones voluntarias de la Fiduciaria Popular cuyo titular es Cristian Martínez, cuenta que no corresponde con el número de la obligación a donde debía dirigirse el valor del cheque, lo que connota aún más el incumplimiento del actor al manual de caja, ya que claramente no se verificó en debida forma el destino a donde debía consignarse el cheque, ni tampoco obra prueba de que el actor haya consultado o puesto en conocimiento tal situación ante su superior inmediato como para sostener que dicho movimiento financiero se hizo ceñido al manual de caja y por instrucciones de sus superiores, por el contrario, lo anterior deja en evidencia el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Igualmente, se aduce en su defensa que la entidad demandada no puede fabricar su propia prueba, ello en relación a que el informe de la "Gerencia de Contraloría" proviene de la propia entidad y que además el despido del actor es desproporcionado, ante lo cual, acota la Sala que sobre el tema la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL15245-2014, en donde rememora la sentencia de radicado No 24379 del 5 de julio de 2005, hace alusión a que tal documento carece de valor probatorio por sí solo en la medida en que proviene del empleador; sin embargo, se puede considerar en conjunto con los demás medios probatorios, lo que acontece en el sub examine, pues si bien el informe da cuenta de diferentes hallazgos e incluso de un total de \$3.274.064.303 en cheques que no se tuvieron en cuenta los sellos restrictivos de consignar en la cuenta del primer beneficiario, en el caso particular se logra individualizar los cuatros cheques en los cuales el actor cometió la irregularidad, los que, como se dijo en precedencia, tenían el sello restrictivo de consignar al primer beneficiario, y fueron erróneamente consignados a la Fiduciaria del Banco Popular y no a la obligación o primer beneficiario que lo era el Banco Popular, máxime que en dos de

los cheques estaban claramente delimitada la obligación a donde se debía dirigir el cheque, ya que tenía asignado como destino la OBL260000879 y OBL6433, diferente a la cuenta donde terminó el dinero de los cheques.

De otro lado, se aduce que se vulneró el derecho a la igualdad, en la medida en que a otro funcionario que cometió la misma irregularidad solo fue objeto de sanción y no de terminación del contrato de trabajo. Al respecto cumple precisar que no es del resorte en este proceso entrar a hacer referencia a la situación particular de otro trabajador, ya que lo que aquí se estudia es sí el actor cometió la conducta endilgada y sí la misma da lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, lo que en efecto se logra constatar en la medida en que la conducta antilaboral se presentó, además el actor confiesa haber tenido conocimiento del manual de caja y dada su trayectoria en la entidad, no es de recibo que aduzca como justificación el que otros trabajadores también realizaban la misma operación, cuando claramente el manual de caja señala el proceder del cajero frente a la consignación de cheques, mismo que fue desatendido en su totalidad por el actor, independientemente de lo que haya sucedido con los demás trabajadores que pueden enunciarse en el informe, ya que cada situación se revisa en particular y en todo caso, el empleador es quien determina una vez escuchado en descargos al trabajador sí le impone una sanción disciplinaria o hace uso de la facultad de finalizar el contrato con justa causa.

Asimismo, se esgrime como defensa que solo para el 03 de mayo de 2019 se expidió el Boletín No 868-004-014, es decir, después del informe de la Gerencia de Contraloría y de los hallazgos presentados, en la que se comunica el proceder de los cajeros frente a los cheques de gerencia; no obstante, tal Boletín tiene como objeto "recordar controles para recibir cheques en caja con restricción cuenta primer beneficiario", esto es, que se recuerda a los cajeros lo ya establecido en el Manual de Caja y de pleno conocimiento del actor, más no significa que solo de allí en adelante se haya comunicado la función de cómo proceder ante la consignación de cheques con nota restrictiva, y por ello, de ninguna manera logra enervar la falta cometida por el actor e incumplimiento de sus funciones, en particular el procedimiento que determina el manual de caja para la operación de cheques, máxime que no se desconoce por el demandante su contenido, pues en su defensa esgrime que se ciñó al mismo, solo que otros trabajadores hacían la misma operación, pero como quedó ampliamente dicho, debía verificar y tener en cuenta que los cheques tenían como beneficiario al Banco Popular y con nota restrictiva de primer beneficiario, por lo que no se halla justificación el que haya sido consignada a un fondo de pensiones voluntarias de la Fiduciaria del Banco Popular, cuyo titular es una persona natural.

En lo que tiene que ver con la prueba testimonial, debe decirse que la deponente Luz Marina Mosquera Medina, poco o nada aporta al proceso, dado que ejerció como asistente regional de personal y no como cajera, y se limitó a hacer referencia a las capacidades del actor como cajero, pero de allí nada se desprende en relación con la conducta endilgada, por el contrario, manifestó que en la empresa existe un manual de caja y que el mismo "toda la vida ha existido", además que los boletines y manuales son enviados a todos los empleados, es decir, reafirma aún más la propia confesión del actor, de que tenía conocimiento del manual de caja y de cómo proceder frente a los cheques de gerencia.

En lo que refiere a los señores Fredy Rivera Daza y Carlos Alfonso Romero, fueron tachados por la entidad demandada, ya que fungen como directivos sindicales; sin embargo, considera la Sala que independientemente de su rol en el sindicato, su versión estuvo encaminada al tema procedimental de como la entidad llamó a descargos, tema

que quedó definido en la parte inicial de esta providencia, además también hacen relación al boletín o circular del 03 de mayo de 2019 en el sentido de que a partir de allí se reglamentó la función de cómo proceder con los cheques, olvidando que tal boletín es un recordatorio de la función previamente determinada en el manual de caja, aspectos llevan a la Sala a desestimar su versión.

En lo que respecta a que el despido no fue realizado de manera oportuna, acota la Sala que al haberse definido que la sanción disciplinaria no es lo mismo que el despido con justa causa, no puede darse aplicación a lo establecido en el literal h) de la Convención Colectiva del 06 de marzo de 1990 como lo refiere el actor, ya que el término de prescripción de 35 días es para las sanciones disciplinarias y no para finalizar el contrato de trabajo. Con todo y ello, en el presente asunto, debe tenerse en cuenta que la diligencia de descargos se surtió el 10 de septiembre de 2019 y la decisión de finiquitar el contrato de trabajo aconteció el 04 de octubre de 2019, es decir, transcurrieron 24 días, lo que de ninguna manera puede tornarse en inoportuno o con falta de inmediatez entre los descargos y la fecha en que decidió el empleador comunicar la terminación del contrato, máxime si se tiene en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL8463-2015) ha delineado que *"La jurisprudencia de vieja data tiene resuelto que el despido no deja de ser oportuno cuando la empresa se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos a constituir la justa causa"*.

Así las cosas, sobran las razones para considerar como bien lo hizo el a quo de dar por probadas las excepciones de "falta de causa" e "inexistencia de la obligación", sin que para la Sala exista camino diferente que despachar de manera desfavorable las súplicas de la demanda, y por consiguiente, confirmar el fallo de primer grado en este aspecto.

(iii) Reliquidación de las cesantías.

Solicita el apoderado judicial de la parte activa que se revoque la decisión de instancia y se acojan las pretensiones en su integridad, bien como principales o subsidiarias; que el a quo incurrió en errores de hecho, derivado de la equivocada apreciación de la carta de despido y que no se tuvo en cuenta en la liquidación todo el tiempo laborado.

Al respecto basta con señalar, que como ya lo ha decantado la Sala, la parte recurrente tiene el deber de sustentar y centrar su actividad argumentativa para derruir los fundamentos en los que el Juez de primera instancia basó las respectivas condenas o absoluciones. No obstante, en el sub-examine la parte activa se limitó únicamente a plantear la referida inconformidad en lo tocante a que "no se tuvo en cuenta en la liquidación todo el tiempo laborado", sin fundamentación alguna respecto a cuál es la diferencia que se presenta en la liquidación de cesantías, incluso, desde el libelo genitor se hace relación a que no se canceló la totalidad de sus prestaciones sociales y que no se tuvo en cuenta el salario realmente devengado, pero sin ningún soporte acreditativo de cuál es la inconformidad en su liquidación o cual es la diferencia que pretende sea reconocida en el proceso, y en este sentir, nuestro máximo órgano de la jurisdicción laboral en sentencia del 10 de agosto de 2010, Radicación 34215, señaló:

*"Al margen de lo anterior, resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los motivos de inconformidad para que esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente, **no es de recibo***

expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada". (Negrilla y Subrayas ex-texto)

Por lo tanto, esta Corporación encuentra limitada su competencia para manifestarse respecto a la reliquidación de las cesantías, pues de acuerdo a lo establecido con anterioridad, el recurrente no sustentó en debida forma su inconformidad respecto de las mismas, pues la simple afirmación escueta de estar en contra de la decisión de instancia y que "no se tuvo en cuenta en la liquidación todo el tiempo laborado", no abre camino para el estudio por vía de apelación de cual es en realidad la liquidación que eventualmente puede proceder, máxime que al revisar la liquidación final de prestaciones se establece como fecha de ingreso 16 de noviembre de 2004 y fecha de retiro el 04 de octubre de 2019, es decir, se tuvo en cuenta el tiempo laborado, y además, sobre recordarle al actor que incluso la base para el cálculo de las cesantías ascendió a \$3.269.879,96, mientras que el salario básico era de \$2.581.771, es decir, que sí el actor consideraba que la base para el cálculo de las cesantías es superior, debía por lo menos demostrar que factores legales o convencionales no se tuvieron en cuenta, pero nada de ello se demostró en el proceso. Igualmente, no es de recibo el cálculo que hace en los alegatos de conclusión, pues olvida el actor que el empleador consignó las cesantías año a año al fondo de cesantías y sobre las cuales se realizaron retiros parciales, como se constata a folios 52 a 61 archivo No 07.

Bajo ese horizonte, sin que haya más por resolver, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia en su integridad.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del demandante y a favor del Banco Popular S.A., por NO haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

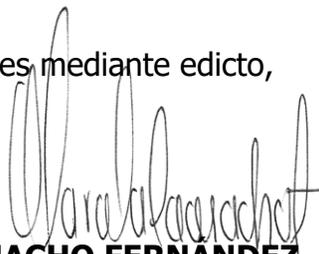
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

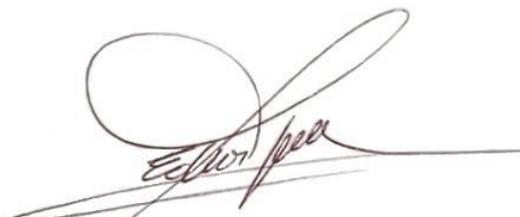
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de junio del 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las razones vertidas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y a favor de Banco Popular S.A.. Las de primera se confirman.

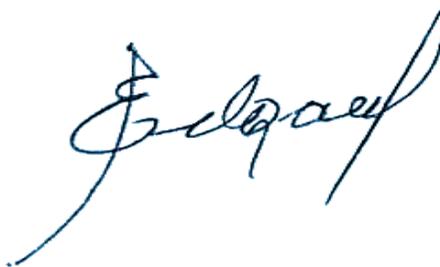
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia a favor de BANCO POPULAR S.A., y a cargo del demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$200.000, correspondiente a 1/5 SMLMV.



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: JUAN FELIPE ORTEGA BONILLA
Demandada: AVIANCA S.A..
Radicación: 39-2018-00659-01
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- APELACIÓN DEMANDANTE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JUAN FELIPE ORTEGA BONILLA instauró demanda ordinaria contra AVIANCA S.A., con el propósito de que se declare que fue despedido encontrándose en estado de debilidad manifiesta, sin la autorización del Ministerio de Trabajo, para efectos de su desvinculación; que se declare que el contrato de trabajo fue terminado sin justa causa; que se declare que le es aplicable la cláusula 75 de la Convención Colectiva. En consecuencia, se condene al pago de la indemnización contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al pago de la indemnización por despido sin justa causa, al pago de un día de salario por cada día de retraso en el pago de la liquidación, al pago de diez meses de salario por concepto de la cláusula 75 de la Convención Colectiva, y las costas y agencias del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a trabajar a AVIANCA S.A. el 20 de septiembre de 1980, a través de contrato a término indefinido; que para el 17 de enero de 2017 se encontraba incapacitado, además que estaba en condición de debilidad manifiesta, al sufrir de dolencias como vértigo, trastorno de sueño, esclerosis múltiple, hipoacusia bilateral, fractura húmedo izquierdo y trastorno depresivo ansioso; que al finalizar el contrato se desempeñaba como comandante del equipo Airbus A-330; que en su hoja de vida no reporta algún llamado de atención o proceso disciplinario en su contra; que AVIANCA S.A. le terminó el contrato de trabajo el 20 de diciembre de 2017, estando incapacitado, ya que desde el 13 de septiembre de 2016 presenta incapacidades médicas; que no se practicó el examen médico de egreso debido a que presentaba incapacidad hasta el 18 de enero de 2018, tal como lo certificó Colsubsidio; que de conformidad con el acuerdo suscrito entre ACDAC y AVIANCA del 30 de diciembre de 2002, se acordó que los pilotos que tuvieran pensión de jubilación de CAXDAC podrían seguir volando como pilotos activos; que el demandante es miembro activo de la asociación de jubilados de ACDAC- AJUCAX; que debido a su delicado estado de salud, mediante resolución No 01433 del 26 de mayo de 2017, fue declarado no apto para el desarrollo de actividades aeronáuticas; que el 23 de noviembre de 2017 AVIANCA S.A. le allegó carta de terminación del contrato invocando como causales la de ineptitud del trabajador para realizar la laboro encomendada y el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación, cuya terminación sería a partir del 20 de diciembre de 2017; que el 18 de diciembre de 2017 ACDAC, mediante derecho de petición le solicitó a AVIANCA

S.A. no efectuar el despido del demandante por encontrarse incapacitado; que el 26 de diciembre de 2017 ACDAC solicitó a AVIANCA S.A. que se le conceda al actor el beneficio establecido en la Convención Colectiva de Trabajo; que el promedio de ingresos mensuales entre enero y diciembre de 2017 fue de \$19.995.506. (Expediente digital, PDF 001, pág. 1 a 32 y 56 a 61 archivo No 02).

2. Contestación AVIANCA S.A.. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada aduciendo que cuando se presentan causales objetivas como en el presente caso debido al reconocimiento pensional, no es predicable la protección establecida en la Ley 361 de 1997; que la entidad no se encontraba en la obligación de acudir ante el inspector del trabajo por tratarse de una terminación con justa causa; que el actor tenía pactado un salario integral, por ello no tenía prima de servicios que pudiera ser usada como base para liquidación el beneficio establecido en el artículo 75 de la Convención Colectiva; que la terminación del contrato se realizó conforme la regulación vigente sobre la materia. Como excepciones de mérito rotuló las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, improcedencia del pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, compensación, buena fe, pago, y prescripción (Expediente digital, PDF 03, pág. 45 a 65).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de mayo del 2022, en la que la falladora absolvió a AVIANCA S.A. de todas las pretensiones incoadas por JUAN FELIPE ORTEGA BONILLA, declarando probadas las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, 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, 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 estaba amparado por el fuero circunstancial o contaba con estabilidad laboral reforzada y finalmente, si le asiste derecho al beneficio convencional establecido en el artículo 75 de la Convención Colectiva de Trabajo.

En cuanto al fuero circunstancial manifestó que de conformidad con el Decreto 2153 de 1965 y sentencia SL 995 de 2017, entre otras, el conflicto colectivo va desde la presentación del pliego de peticiones hasta que se suscriba el laudo arbitral; en el sub examine, no se presenta discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo que inició el 19 de septiembre de 1980 y finalizó el 20 de diciembre de 2017, así como también que al momento de la terminación se desempeñaba como piloto aviador, y que ostentaba la calidad de pensionado y trabajador.

Adujo que no allegó prueba la parte demandante de la cual se pueda acreditar que se estuviera surtiendo un conflicto colectivo entre la demandada y Acdac, y si bien demostró que es miembro de la organización sindical desde el 15 de marzo de 1979 (fol. 341), no existe prueba alguna de la radicación del pliego de peticiones, para así poder determinar que el contrato terminó en alguna de las etapas, sin que ello pueda demostrarse con el dicho de los testigos Julián Pinzón y José Luis Gaviria, dado que manifestaron que para la fecha en que terminó el contrato de trabajo, existía o había un cese de actividades, lo cual inició con un huelga en 2017, pero dichas manifestaciones no tienen ningún respaldo probatorio; igualmente, no se encuentra relación de la terminación del contrato con el cese de actividades de la organización sindical, además que el demandante estaba en incapacidad, por lo cual, el motivo de la terminación del contrato no tiene relación con la negociación colectiva que se aduce, y por ende no se encuentra cobijado por el fuero circunstancial.

Frente a la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, consideró que en misiva del 20 de diciembre de 2017, se le expresó la justa causa, motivada en que se encuentra jubilado por Caxdac desde el 2002 y que se declaró su no aptitud psicofísica para actividades aeronáuticas, ello de conformidad con los numerales 13 y 14 del artículo 62 del CST, precisando en el sub examine que, si bien para la fecha de terminación del contrato estuvo incapacitado lo que lo hace beneficiario de la garantía de estabilidad laboral, en la medida en que por sus dolencias físicas venía siendo incapacitado desde el 27 de enero de 2017 hasta el 20 de diciembre de 2017, lo que a la postre dio para que se le cancelara su certificado médico conforme resolución No 01433 del 22 de mayo de 2017, emitida por la Aeronáutica Civil, resolución de la que tuvo conocimiento Avianca antes de la terminación del contrato, lo cierto es que, no puede afirmarse que tales situaciones hayan generado un trato diferenciador o discriminatorio como elemento protegido por el artículo 26 de la ley 361 de 1997, además que conforme la jurisprudencia, no es necesario acudir al ministerio del trabajo cuando se demuestran razones objetivas.

Manifestó que mediante acta de acuerdo entre Acdac y Avianca, celebrada el 30 de diciembre de 2002, se acordó unos beneficios para los pilotos, y efectivamente señalan que solo en caso de presentarse un excedente de pilotos, debidamente sustentado, la empresa puede acudir al despido basado en la jubilación del aviador, acuerdo que debe complementarse con un otro sí, mismo que en el caso del actor data del 17 de enero de 2003, el cual aparece firmado por el demandante, y en el interrogatorio manifestó que fue de manera libre y voluntaria.

Que en el otro sí, se estableció que la compañía se compromete a no dar por terminado el contrato de trabajo en aplicación del artículo 62 del CST y el artículo 33 de la ley 100 de 1993, entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2004, o hasta que el aviador cumpla los 54 años de edad, y en caso de que el aviador a enero 1 de 2003 tenga 52 o 53 años de edad cumplidos, la garantía se amplía hasta el 30 de junio de 2005, asimismo la empresa se compromete a que, entre el 1 de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2004, no dará por terminado el contrato dando aplicación al artículo 64 del CST o artículo 6 de la ley 50 de 1990; que a partir del 1 de enero de 2005 solo en caso de presentarse excedentes de aviadores debidamente sustentado la empresa podrá aducir la justa causa basada en la jubilación del aviador y retirar por esta vía, en orden descendiente de edad a aviadores jubilados con 54 años de edad o más, y pagar a los aviadores jubilados una bonificación por retiro, equivalente a 30 SMLMV proporcional al tiempo que le falte al aviador para cumplir los 60 años de edad.

Manifestó que realizando una interpretación del acuerdo y el otro si, se puede concluir que la estabilidad laboral allí plasmada consistió en congelar o suspender la facultad que tenía el empleador para suspender o finiquitar el contrato de trabajo por justa causa contemplada en el numeral 14 del artículo 62 del CST y artículo 33 de la ley 100 de 1993, una vez el trabajador adquiere la condición de pensionado, justamente para garantizar la experiencia del trabajador, pues no de otra manera se entiende que tal prerrogativa se haya extendido por 3 años hasta el 2005 y en todo caso cobijaba hasta que el piloto cumpliera los 60 años de edad, y sin que de la misma se pueda interpretar que tal presupuestos de la edad se haya ampliado hasta los 65 años de edad, como lo manifestaron los testigos, pues ello se encuentra huérfano de prueba, ya que no existe otro sí a ese acuerdo, y no se puede establecer que los 60 años se encuentre ligado a la edad de retiro forzoso.

Tampoco sale adelante el argumento de que el contrato de trabajo de actor debía estar inexorablemente atada a la comprobación del excedente de pilotos, pues esta garantía del acuerdo y otro sí opera en aquellos casos en que el piloto no haya alcanzado los 60 años de edad, amén de que tampoco pueda entenderse que el acuerdo haya sido pactado

en el sentido de que se torne inaplicable el uso de la facultad legal de terminar el vínculo laboral de un aviador pensionado.

Que en misiva adiada el 30 de enero de 2003 le comunicó que le reconocería la pensión a partir del 30 de noviembre de 2002, y según se observa de su cedula de ciudadanía nació el 5 marzo de 1953, se tiene que para el año 2017, contaba con 64 años de edad, lo cual evidencia que a partir del año 2013 se encontraba Avianca facultada para terminar el contrato de trabajo invocando dicha causal, ello no significa que su demora se torne discriminatoria, por el contrario avizora el querer de la convocada en priorizar la experiencia del trabajador.

Que respecto a la inclusión en nómina, el actor ya se encontraba desde el 2002 disfrutando la pensión; asimismo, que deviene como causal objetiva la consagrada en el numeral 13 del artículo 62 del CST si se tiene en cuenta que se requiere contar con la aptitud psicofísica para actividades aeronáuticas, aptitud médica que le fue negada en abril de 2017, y como consecuencia de ello se expidió la resolución No 01433 del 26 de mayo de 2017 por la Aeronáutica, mediante la cual declara la no aptitud psicofísica para actividades aeronáuticas, aspecto que resulta relevante ya que el demandante no puede desarrollar su actividad de piloto, lo que deviene en una razón legal y objetiva para dar por terminado su contrato de trabajo, y ni en el acuerdo, otro sí o contrato de trabajo se encuentra contemplada la reubicación ante esta contingencia y que se pretende por el demandante su aplicación.

En ese orden, concluyó que se acreditó que la terminación obedeció a causal objetiva, como la aptitud para ser piloto y el reconocimiento pensional.

En cuanto a la aplicación de la cláusula 75 de la Convención Colectiva, la cual establece que es merecedor de la bonificación con ocasión de la pérdida de la licencia de aviador, manifestó que para la eficacia y validez jurídica del texto convencional se tiene sentado por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, que es necesario que con la convención sea aportado la respectiva constancia de depósito ante el Ministerio del Trabajo, so pena de que dicho acuerdo carezca de validez, y en el caso concreto, no se cumplió con la solemnidad, pues ni siquiera se arrimó la convención colectiva en la que se alude se encuentra la cláusula 75 convencional, por lo que se niega tal pretensión, y en gracia de discusión, el testigo de la parte demandada explicó la forma de cómo se liquidaba tal derecho, y con ello, se llegaría al mismo resultado negativo, ya que el demandante aceptó haber recibido la suma de \$154.920.570, y sin que ello se desvirtuó con la manifestación del accionante de que no cree que haya sido Avianca el que haya sacado la plata para pagarla, además en la liquidación que se puso de presente al actor se observa que Avianca, al momento de liquidar las prestaciones incluyó ese ítem, además que en noviembre de 2017 solicitó el demandante el pago de tal bonificación. (Expediente digital, audio No 2018-659, y acta de audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el **demandante** formuló recurso de apelación manifestando que la convención colectiva reposa dentro del plenario, si fue reconocida, y también se probó que el demandante es miembro de la asociación sindical; que se afirmó que no se acreditó prueba sobre el paro de Avianca, y esto es un hecho notorio que paralizó el país, entonces conforme el artículo 167 del CGP, los hechos notorios no requieren prueba, y el conflicto laboral si se probó; que Avianca no demostró que en el momento en que despidió al actor haya existido un excedente de pilotos, ese hecho no ocurrió, todo lo contrario había una crisis de pilotos, y el demandante podía haber sido reubicado como instructor, tal como lo manifestaron los testimonios, pero ello se desconoció; que la juez se limitó a la documental pero desconoció la testimonial; que el demandante es beneficiario de la convención colectiva;

que al momento del despido el demandante estaba incapacitado; que desde que perdió la licencia hasta el despido no se tuvo en cuenta la inmediatez; que las justas causas esgrimidas al actor no son válidas; que sobre la causal 13 del artículo 62 del CST, el despido es con ocasión del estado de salud del demandante; que se revoque la condena en costas, es de un piloto pensionado, enfermo, y la condena es injusta, y afecta su situación personal y familiar.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Demandante. Solicita que se revoque la decisión de instancia, dado que se probó que el despido unilateral del actor fue ilegal, aunado a que no se tuvo en cuenta la estabilidad ocupacional por su estado de salud.

5.2 Demandada. En sus alegatos solicita que sea confirmada la decisión absolutoria de primera instancia.

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) ¿Para la fecha en que el demandante fue desvinculado, gozaba de fuero circunstancial?
- (ii) ¿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?
- (iii) 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, y extremos temporales

No existe controversia respecto a que el actor prestó sus servicios para la demandada AVIANCA S.A. desde el 06 de febrero de 1981 hasta el 20 de diciembre de 2017, tal como lo consideró la a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba documental (Fols. 66 a 67 archivo No 03 y 11 archivo No 04), contentiva del contrato de trabajo, su modificación y la liquidación final de prestaciones, en ese orden, la discusión radica en sí para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo el actor se encontraba amparado por el fuero circunstancial o por la estabilidad ocupacional reforzada.

(i) Fuero circunstancial

El fuero circunstancial es uno de los mecanismos de protección reconocidos por el legislador para hacer efectivo el libre ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva -artículo 55¹ superior-, en tanto impide al empleador despedir al trabajador

¹ ARTICULO 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

aforado sin justa causa calificada por el juez del trabajo desde el mismo momento en que se presenta el pliego de peticiones.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que el fuero circunstancial impide que el empleador utilice el despido para socavar la capacidad de negociación de los trabajadores interesados en proponer y negociar sus reivindicaciones económicas dentro del escenario de un conflicto colectivo, independientemente de su vinculación o no a una organización sindical, de manera que se mantenga el equilibrio de fuerzas entre ambas partes. Sobre el punto viene a propósito memorar el predicamento propalado por el máximo tribunal de esta jurisdicción: "*Y por ello se ha dicho que un despido producido en esas circunstancias resulta inane, lo cual conlleva el restablecimiento del contrato de trabajo. Es decir que se trata de una protección eficaz*" (Sentencia del 28 de febrero de 2007, radicado 29.081, reiterada en providencia del 30 de septiembre de 2015, rad. 45.016).

Para los efectos del fuero especial reclamado, se reitera que surge el conflicto colectivo desde el momento en que los trabajadores **presentan el pliego de peticiones ante el empleador o uno de sus representantes**, se extiende durante el proceso de negociación colectiva, con el agotamiento de todas las etapas y dentro de los términos o plazos previstos en la ley, y finaliza con i) la firma de un acuerdo o pacto **colectivo ii) con la ejecutoria de un laudo arbitral**, o iii) con el abandono de la negociación.

Ahora, considerando que el presupuesto basilar para que se configure el fuero circunstancial es que el despido del trabajador ocurra durante el trámite de las etapas del proceso de negociación colectiva, al tenor del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, en armonía con el inciso 3º. del art. 36 del decreto 1469 de 1978 y de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, en cumplimiento del art. 167 del C.G.P., aplicable al proceso laboral por integración normativa que permite el art. 145 del C.P.L. y S.S., le corresponde en este caso al trabajador pretensor probar que para el tiempo en que fue despedido estaba en curso un proceso de negociación de un conflicto colectivo del cual forma parte como negociador o integrante del sindicato, debiendo acreditar los dos extremos del proceso de negociación colectiva, esto es, la fecha de presentación del pliego de peticiones y la de la terminación de dicho proceso. A su turno, le concierne a la parte demandada a la que se le traslada la carga probatoria -la que por esencia es dinámica-, demostrar que tal pliego no tuvo la virtualidad de generar un conflicto colectivo (Sentencia del 23 de mayo de 2005, rad. 25.110).

Hechas las anteriores precisiones, ha de señalarse que del análisis del mérito de convicción de las pruebas recaudadas se educa que la cognoscente de instancia fundó su decisión en que no se aportó prueba alguna respecto al conflicto colectivo, siendo el disenso del actor el que tal conflicto no requiere prueba documental demostrativa al ser un hecho notorio el paro de Avianca, ante lo cual, considera la Sala que de ninguna manera puede tener vocación de prosperidad, dado que se requiere indefectiblemente que se aporte el pliego de peticiones con su fecha de presentación ante el empleador, para de esa manera proceder a verificar las diferentes etapas del conflicto colectivo, su desarrollo y si la parte que inició el conflicto no dejó decaer el mismo, aspectos que no se pueden suplir con el dicho de los testigos Julián Pinzón y José Luis Gaviria, pues si bien refirieron algunos matices sobre el paro de Avianca en el año 2017, ello de ninguna manera es demostrativo o logra generar la convicción en el presente proceso respecto a la etapa en la que pudo haberse encontrado el conflicto colectivo, cuándo inició y si se desarrolló en los términos y plazos de que trata el artículo 433 y siguientes del CST, lo que se itera, no logra ni de asomo demostrar con la prueba testimonial, y en ese orden, la postura de la a quo al respecto es ajustada a derecho.

Refiere el apelante que el paro de Avianca fue un hecho notorio y que por ello ninguna probanza debía allegar al proceso; sin embargo, muy a pesar de que el paro de Avianca haya trascendido en los medios de comunicación, ello no releva la carga demostrativa de acreditar por lo menos la presentación del pliego de peticiones. Ahora, nótese que existen situaciones en que ni siquiera la presentación del pliego de peticiones perpetua la garantía foral hasta la suscripción de una convención, pacto colectivo o ejecutoria de laudo arbitral, pues puede presentarse la cesación del conflicto de manera anormal ante el incumplimiento de las etapas respectivas, y al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL16788-2017, radicación No 52324 del 03 de octubre de 2017, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha sostenido que: *"la interpretación del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, no conlleva necesariamente a concluir que, en todos los casos, la sola presentación del pliego de peticiones al empleador perpetúa la garantía foral hasta la suscripción de una convención, pacto colectivo o la ejecutoria del laudo arbitral, pues existen eventos en los que el conflicto colectivo cesa de manera anormal, como lo es el incumplimiento de las etapas propias de la solución del mismo; o cuando no existe por parte de quienes lo promovieron el interés suficiente de concluirlo (CSJ SL14066-2016; SL6732-2015; SL 29822, 2 oct. 2007; SL 23843, 16 mar. 2005; y SL 19170, 11 dic. 2002)"*, por lo que nada de ello puede entrarse a verificar en el sub examine con la versión de la prueba testimonial o con el hecho de que el paro de Avianca haya sido de público conocimiento, no quedando otra disyuntiva a la Sala que confirmar la decisión de instancia en este tópico.

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si AVIANCA S.A. 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 no puede acudir 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 recurrir 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 20 de diciembre 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.

Descendiendo al *sub judice*, se revisó si al 20 de diciembre de 2017, fecha de la terminación del contrato laboral, efectivamente el demandante se encontraba o no en un estado de debilidad manifiesta suficiente para configurar el fuero de salud, advirtiéndose que en efecto el actor se encontraba con afectaciones médicas que generaron incapacidades por lo menos durante lo corrido del año 2017 (Fol. 4 archivo No 5), ya que venía presentando los siguientes diagnósticos: Vértigo, Tinitus, Trastorno de Sueño, Esclerosis Múltiple, Hipoacusia Bilateral, Trastorno Mixto Bilateral, Trastorno Mixto Depresivo Ansioso y Fractura Húmero Izquierdo (Fol. 69 archivo No 01), de hecho, debe tenerse en cuenta que debido a algunos de los diagnósticos atrás referidos, la Aeronáutica Civil a través de Resolución No 01433 del 26 de mayo de 2017 (Fols. 37 a 39 archivo No 01), declaró la no aptitud psicofísica para actividades aeronáuticas del demandante, además que tal declaratoria tuvo como sustento la suspensión de actividades aeronáuticas desde el 17 de febrero de 2017, en razón a su disminución de la aptitud psicofísica, y por ello, considera la Sala que la situación de salud del demandante era considerable y lo coloca en la estabilidad ocupación laboral reforzada, máxime si se tiene en cuenta que sus patologías se consideran como "crónicas, progresivas de solo tratamiento sintomático y no curativo" (Fol. 33 archivo No 01); sin embargo, debe tenerse en cuenta que la entidad demandada al dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa esgrimió las siguientes razones:

"Así las cosas, de conformidad con la regulación vigente laboral en Colombia, al usted encontrarse pensionado y efectivamente incluido en la nómina de pensionados de CAXDAC, y al carecer de las licencias habilitantes para el desempeño de su cargo como piloto, se encuentran probados los presupuestos fácticos para la terminación de su contrato de trabajo con justa causa, en especial las siguientes disposiciones:

(...)

13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.

14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa (...)"

Bajo el anterior panorama, le correspondía a la entidad demandada demostrar que las justas causas alegadas se presentaron y, por ende, no era necesario acudir al Ministerio del Trabajo y además que la terminación no se tornó en discriminatoria o que no lo fue por razón de su estado de salud.

Para resolver, sea oportuno traer a colación lo dicho en sentencia SL1373-2022, en la que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral, al analizar un caso de similares contornos al aquí debatido, concluyó lo siguiente:

"Adicionalmente, tal cual lo dedujo el Tribunal, para «dar cabida a dicha estipulación de mantener vigente el contrato», era necesario que el pensionado estuviera habilitado para desplegar sus funciones de aviador. Esta reflexión tiene tanto de jurídico, como de lógico, en la medida en que la convocada al juicio no podía obligarse a mantener en su nómina a aviadores que no pudieran ejecutar la actividad para la que habían sido contratados, cuando ya contaban en su favor con una pensión de jubilación, que les aseguraba su sostenimiento. Cumple acotar que de ninguno de los elementos de juicio incorporado a los autos, se deduce el compromiso de la accionada de reubicarlo para ejecutar otro tipo de labores al interior de la empresa. Contrario sensu, expresamente, se convino que los aviadores seguirían laborando al servicio de Avianca «bajo la misma modalidad contractual»; esto es, como «piloto activo».

Así las cosas, si mediante Resolución 01279 (fls. 152-155), Aeronáutica Civil canceló a Torres Díaz el certificado médico 19.411.010, debido a que «de conformidad con los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, Numeral 2.9.1.6.2., se dispuso la suspensión de actividades aeronáuticas al señor (...) el 15 de diciembre de 2014, en razón a su disminución de la capacidad psicofísica», mal puede aspirar a ser readmitido a un empleo sin hallarse habilitado para su desempeño. Tal anhelo se ve frustrado por la insuperable necesidad de que la empresa de aeronavegación garantice la seguridad no solo de pasajeros y tripulantes, sino además la del propio accionante.

Desde luego, el hecho de que varios aviadores pensionados, continuaran laborando en la empresa el 26 de febrero de 2018 (fls. 497-498), en nada compromete la razón para resolver, expuesta por el juzgador de segundo nivel. De esperar es que la continuidad en el ejercicio de la labor, obedeciera al cumplimiento de los requerimientos de la autoridad aeronáutica para ello.

(...)

La literalidad de lo transcrito no permite dudar que la culminación del contrato de trabajo del actor no tuvo origen en los padecimientos de salud que lo aquejaban. La medida se fundó en razones objetivas, como la imposibilidad para ejecutar labores como piloto de aviones, según Resolución 1279 de la Aeronáutica Civil y el reconocimiento de la pensión de vejez, en los términos de los artículos 7 de la Ley 2351 de 1965 y 33 de la Ley 100 de 1993”.

Así las cosas, como en el presente asunto, la Aeronáutica Civil a través de Resolución No 01433 del 26 de mayo de 2017 (Fols. 37 a 39 archivo No 01), declaró la no aptitud psicofísica para actividades aeronáuticas del demandante y además se encontraba pensionado por AXDAC, tal como se constata con la modificación del otro sí al contrato de trabajo (Fols. 68 a 70 archivo 03), en la que en cumplimiento del Acuerdo entre ACDAC y AVIANCA S.A. los trabajadores pensionados podían seguir laborando al servicio del empleador, recibiendo su pensión y su remuneración bajo la modalidad de salario integral, se puede concluir, tal como lo consideró la Corte, que la terminación del contrato de trabajo no aconteció o tuvo origen en los padecimientos de salud del actor, sino que estuvo dada por razones objetivas, en particular, por la imposibilidad de ejecutar la labor de piloto ante la pérdida de la licencia o no aptitud para ejercer actividades aeronáuticas y porque ya tenía en su favor el reconocimiento pensional, sin que haya que hacerse alguna alusión a su inclusión en nómina, pues en el presente asunto venía percibiendo la pensión desde el 30 de noviembre del 2002 (Fols. 10 archivo No 4).

Ahora, refiere el actor en la alzada que en el caso particular se debía optar por la reubicación y que estaba amparado por la estabilidad de que trata el Acta de Acuerdo ACDAC – AVIANCA – SAM (Fols. 73 a 79 archivo No 03), para lo cual se hace necesario remitirnos a lo establecido en tal acuerdo, y en lo que interesa es del siguiente tenor:

"5. La compañía se compromete con el Aviador que se pensione y se acoja a este acuerdo mediante la firma del OTROSÍ respectivo, a no dar por terminado el contrato de trabajo mediante la aplicación del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el D.L. 2351 de 1.965 artículo 7 numeral 14 literal a) y el artículo 33 de la ley 100 de 1993, parágrafo 3 (o cualquier norma que los adicione o modifique, o produzca los mismos efectos), entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2004 o hasta que el Aviador que se pensione cumpla los 54 años de edad, lo que ocurra después. Con respecto a los Aviadores de Avianca que a enero 1 de 2003 tengan 52 o 53 años de edad cumplidos, la garantía aquí consagrada se amplía hasta el 30 de junio de 2005. Con respecto a los Aviadores de SAM que a 1 de enero de 2003 tengan 50 años de edad o más, la garantía arriba consagrada se extenderá hasta que el Aviador cumpla 55 años de edad o hasta el 31 de diciembre de 2005, lo que ocurra después. En caso de que un Aviador decida pensionarse y no firme el OTROSÍ, la compañía podrá terminar el contrato dando aplicación a la justa causa consagrada en la ley. Así mismo, la Empresa se compromete a que, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2004, no dará por terminados los contratos de trabajo de ningún aviador dando aplicación al artículo 64 del CST, hoy art. 6 de la ley 50 de 1.990 (terminaciones unilaterales del contrato sin justa causa).

6. A partir de enero 1 de 2005, solo en caso de presentarse un excedente de aviadores debidamente sustentado, la Empresa podrá acudir a la justa causa de terminación basada en la jubilación del Aviador y retirar por esta vía, en primer término y en orden descendente de edad, a los Aviadores jubilados con 54 años de edad o más que sean necesarios para eliminar tal excedente. En caso de que el número de estos últimos no sea suficiente para eliminar el excedente, la empresa podrá recurrir a los mecanismos establecidos en la Ley o la Convención para el

efecto. Sin embargo; en caso de requerir la Empresa pilotos nuevos dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de retiro de un aviador no jubilado cuyo contrato de trabajo se termine por la circunstancia arriba anotada, se otorgará prioridad a dicho aviador sobre otros candidatos siempre que el aviador reúna los requisitos exigidos por la Empresa y las autoridades en ese momento.

7. La Empresa deberá pagar a los Aviadores jubilados cuyos contratos de trabajo se terminen de acuerdo con lo establecido en la cláusula anterior, una bonificación por retiro equivalente a Treinta (30) salarios mínimos legales mensuales por año o proporcional por fracción que le falte al Aviador para cumplir los sesenta años de edad”.

Aquí, es oportuno traer a colación lo establecido por la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de la jurisdicción ordinaria (SL4982-2017) respecto de la naturaleza y alcance de las disposiciones convencionales, a saber:

"De ahí que la convención colectiva de trabajo haya sido reconocida por antonomasia por la jurisprudencia como una fuente autónoma de derecho, en tanto que, a la par con la ley, los reglamentos, el laudo arbitral y otras normas laborales, establece derechos, obligaciones, deberes y facultades de los sujetos de la relación de trabajo, conclusión que también encuentra asidero en los Convenios 98 y 154 de la OIT, en los que se define el derecho de negociación colectiva como uno de los procedimientos voluntarios idóneos de reglamentación, a través de acuerdos colectivos. Así, lo ha sentado en múltiples oportunidades la doctrina de esta Sala, entre otras, en las sentencias SL9561-1997; SL15987, SL16556 y SL16944, todas de 2001, CSJ SL15605-2016, y más recientemente en sentencia CSJ SL4934-2017.

Entonces, como el contrato colectivo producto de la autonomía de la voluntad de las partes mediante el cual sus suscriptores dictan disposiciones que constituyen verdadero derecho objetivo con efectos vinculantes -como bien lo entiende el recurrente según lo expuesto en el eje central de su ataque-, sus contenidos rebasan las facultades del juez del trabajo a quien le está vedado desconocerlos”.

Igualmente, para efectos de desatar la alzada sea menester traer los discurrecimientos vertidos en la sentencia SL351-2018, reiterada en la SL2816-2019, respecto a la valoración del contenido de los textos convencionales, a saber:

*"La Corte debe insistir en este punto en que, a partir de parámetros objetivos como la filosofía del ordenamiento jurídico relacionado con el trabajo, la coherencia de un texto convencional, **entendido como un todo, su lectura integral y uniforme**, el espíritu razonable de las disposiciones y la voluntad sistemática de las partes, entre otros, es posible reconocer un marco legítimo dentro del cual las partes pueden albergar dudas razonables respecto de ciertas cláusulas. Como toda norma jurídica, **la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que les da autonomía a las partes y al Juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles, pero que, a la vez, niega la validez de lecturas inaceptables, que traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas**". (Negrilla fuera del texto)*

Ello así, de entrada se debe decir que no le asiste razón al apoderado judicial de la parte activa, pues en línea de principio la lectura desprevenida de tal acuerdo conllevaría a establecer que el pensionado que suscribió el otro sí y haya seguido laborando para AVIANCA S.A. en calidad de piloto, no puede ser despedido o terminado su contrato de trabajo aduciendo como justa causa la calidad de pensionado; sin embargo, debe tenerse

en cuenta que tal protección inicialmente se pactó entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2004 o hasta que el Aviador que se pensione cumpla los 54 años de edad, lo que ocurra después, y seguidamente, se aduce que a "partir de enero 1 de 2005, solo en caso de presentarse un excedente de aviadores debidamente sustentado, la Empresa podrá acudir a la justa causa de terminación basada en la jubilación del Aviador y retirar por esta vía, en primer término y en orden descendente de edad, a los Aviadores jubilados con 54 años de edad o más que sean necesarios para eliminar tal excedente", y obliga a la entidad, en este último caso a pagar una bonificación por retiro por el tiempo que le falte o proporcionalmente "al Aviador para cumplir los sesenta años de edad", es decir, que el requisito del "excedente de aviadores debidamente sustentado" opera para el retiro de aquellos aviadores mayores de 54 años de edad y hasta los 60 años de edad, pues solo hasta esa edad se comprende la bonificación, esto es, que AVIANCA S.A. en cumplimiento del referido acuerdo solo se obligó a no hacer uso de la facultad de terminar los contratos de trabajo sustentado en la pensión de jubilación hasta los 60 años de edad, quedando a su arbitrio el aducir la justa causa de retiro por tener reconocimiento pensional a quienes estando jubilados y seguían laborando para AVIANCA S.A. a partir de los 60 años de edad, como acontece en el sub examine, dado que el actor nació el 05 de marzo de 1953 (Fol. 2 archivo No 04), lo que representa que para el año 2017 contaba con 64 años de edad, y por ende, ya no estaba cobijado por el Acuerdo atrás referido en lo relativo a la prohibición del empleador de dar por terminado los contratos de trabajo esgrimiendo la calidad de pensionado, y de contera, para el retiro del Aviador tampoco estaba obligado a demostrar el "excedente de aviadores debidamente sustentado", máxime que en el sub examine, el retiro no solo operó por tener el actor el reconocimiento pensional, sino también porque a través de Resolución No 01433 del 26 de mayo de 2017 (Fols. 37 a 39 archivo No 01), se declaró la no aptitud psicofísica para actividades aeronáuticas del demandante, lo que logra configurar las justas causas que invocó Avianca S.A. (Numerales 13 y 14 del artículo 62 del CST).

Ahora, refiere el censor que en el sub examine debía reubicarse al actor a otro cargo acorde a sus condiciones médicas, lo que no resulta procedente desde el punto de vista jurídico, dado que por parte del empleador se logra demostrar las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, además que ningún derecho fundamental se vulnera como para que la judicatura pueda establecer que debe garantizársele al actor la continuidad del vínculo laboral debido a su estado de salud, ya que en la actualidad ostenta la calidad de pensionado y su pretensión en lo relativo a la garantía por estabilidad laboral reforzada se sustenta en que AVIANCA S.A. no podía hacer uso de la terminación del contrato basado en el reconocimiento pensional y que para proceder a retirarlo debía demostrar el excedente de aviadores debidamente sustentado, lo que como se dijo con anterioridad no es procedente, por lo que no le asiste razón en su apelación. Igualmente, en la sentencia SL1373-2022, al respecto se dijo: "*Cumple acotar que de ninguno de los elementos de juicio incorporado a los autos, se deduce el compromiso de la accionada de reubicarlo para ejecutar otro tipo de labores al interior de la empresa. Contrario sensu, expresamente, se convino que los aviadores seguirían laborando al servicio de Avianca «bajo la misma modalidad contractual»; esto es, como «piloto activo»*".

De otro lado, se asevera en la alzada que no se cumplió con el requisito de la inmediatez, ante lo cual, resulta oportuno traer a colación lo dicho en sentencia SL3108-2019, en la que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, adoctrinó:

"Desde este punto de vista, no resulta viable aplicar el principio de inmediatez cuando el despido se funda en el reconocimiento de la pensión en favor del trabajador, pues se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, al punto que ni siquiera es susceptible de ser ponderada para otorgarle niveles de gravedad y sobre esa base establecer si se trata de un incumplimiento

leve (sancionable) o grave (sancionable o posible de despido). Por lo mismo, al ser un hecho ajeno al comportamiento contractual del trabajador, no es apropiado pensar que puede ser «perdonado, dispensado o condonado» (subrayas fuera de texto)”.

Así las cosas, el hecho de que el actor haya estado percibiendo la pensión desde el año 2002, no genera que la decisión de efectuar la terminación del contrato con sustento en la causal de reconocimiento pensional este desprovista de la inmediatez, pues conforme la sentencia extractada tal requisito no es predicable en esa causal, aunado que las mismas razones sirven para no aplicar el principio de la inmediatez en lo relacionado con la declaratoria de no aptitud psicofísica para ejercer como piloto, pues aunque aduce el actor que tal declaración se efectuó en mayo de 2017 y la terminación lo fue en el mes de diciembre de 2017, siendo ello sustento objetivo de la causal referida en el numeral 13 del artículo 62 del CST y que nada tiene que ver con la conducta del actor, no puede pensarse como lo sostiene el recurrente que al haber dejado pasar más de un mes entre la declaratoria de no aptitud y la terminación del contrato, se deba perdonar o condonar la conducta, ya que la declaratoria de no aptitud es definitiva, por ende, el actor no puede ejercer la actividad de piloto, y ello genera que no se requiera verificar la inmediatez en el sub examine.

Valor probatorio convenciones colectivas

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 469 CST el cual establece que *"La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional del Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de estos requisitos la convención no produce ningún efecto”.*

Frente al valor probatorio que se debe dar a las convenciones colectivas la CSJ en sentencia SL 1322-2019 señaló que no es posible exigir que se alleguen en copia auténtica, pues esto contraría el art. 54A del CPTSS, norma que dispone que los documentos o sus reproducciones simples presentados por las partes con fines probatorios, se reputan auténticos; sin embargo, afirma que esto no es excusa para no incorporarse con la respectiva nota de depósito en término ante el Ministerio de Trabajo, al tratarse de un requisito *sine qua non* previsto en el art. 469 del CST.

Al revisar el cartulario, no se encuentra que se haya allegado la Convención Colectiva de Trabajo con su nota de depósito, con la cual pueda remitirse la judicatura al artículo 75 convencional, y a pesar de que se insiste en el recurso de alzada que sí obra la referida convención, debe aclarar la Sala que si bien en auto del 24 de marzo de 2022 (Archivo No 37) se estableció por el juzgador primigenio que se arribó la convención colectiva entre AVIANCA y ACDAC con su nota de depósito, lo cierto es que, tal auto fue aclarado el 25 de mayo de 2022 en la medida en que lo incorporado fue el “acta de acuerdo ACDAC-AVIANCA – SAM” con la constancia de depósito y no la convención colectiva, prescindiendo de esta última, aspecto que conlleva a desestimar la alzada propuesta, pues ante la falta del texto convencional con la nota de depósito, no puede la judicatura adentrarse en el estudio del derecho convencional reclamado, esto es, la bonificación con ocasión de la pérdida de la licencia de aviador, sin que para este tema pueda tenerse por acreditado con cuenta la prueba testimonial, como lo refiere el recurrente.

Dadas esas razones, y sin que haya más por resolver, se impone a la Sala confirmar la decisión de instancia en su integridad.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del demandante y a favor de AVIANCA S.A., por NO haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman, pues lo referente a la alzada en cuanto a que el monto es excesivo e injusto, conviene recordar que en virtud de lo establecido en el numeral 5) del artículo 366 del CST, no es la oportunidad procesal para controvertir su monto.

DECISIÓN

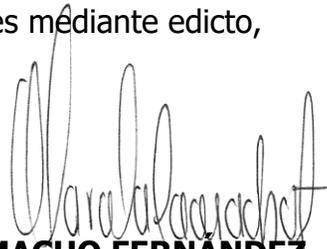
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de mayo del 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las razones vertidas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y a favor de Avianca S.A.. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

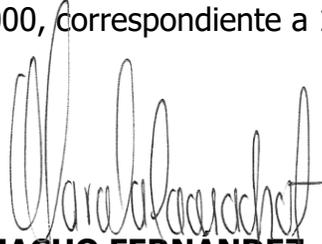


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia a favor de AVIANCA S.A., y a cargo del demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$500.000, correspondiente a 1/2 SMLMV.



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: LUIS GERMÁN JIMÉNEZ ESPINEL
Demandado: MARIO ALBERTO HUERTAS COTES
Radicación: 11001-3105-011-2018-00480-01.
Tema: TERMINACIÓN CON JUSTA CAUSA- INDEMNIZACIÓN

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LUIS GERMÁN JIMÉNEZ ESCOBAR instauró demanda ordinaria contra MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 28 de noviembre de 2011 hasta el 21 de junio de 2014, mismo que terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador; que se declare que el empleador omitió cancelar total o parcialmente o canceló en valores inferiores a los que correspondía por concepto de acreencias laborales. En consecuencia, se condene a pagar los salarios, incluidos los incrementos salariales, descanso dominical o compensatorio, auxilio de transporte, horas extras, recargo por trabajo dominical y festivos, recargo por trabajo nocturno, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, incapacidades, aportes al sistema de seguridad social, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la indexación, los intereses moratorios, y las costas procesales.

Como sustento factico de las pretensiones indicó que empezó a laborar al servicio del señor Mario Alberto Huertas Cotes, bajo la modalidad de contrato a término indefinido desde el 28 de noviembre de 2011, para cumplir la función de limpieza, aseo y apoyo en las zonas de trabajo dentro de CMOP; que el 29 de noviembre de 2012 la EPS FAMISANAR emitió concepto sobre recomendaciones médicas, en la que solicitó que el trabajador no realice actividades de riesgo ni de gran esfuerzo, el cual fue atendido por el empleador mediante oficio del 06 de septiembre de 2013; que el 11 de abril de 2013 el trabajador no asistió a trabajar, debido a que estaba padeciendo de un dolor lumbar, que generó incapacidad por los días 10 y 11 de abril de 2013; que mediante oficio del 17 de abril de 2013 proferido por el Comité Disciplinario, fue suspendido por los días 18 y 19 de abril de 2013, pero que tal decisión fue arbitraria, ya que se allegó la incapacidad médica por parte de FAMISANAR EPS; que el 16 de junio de 2014 le practicaron en las instalaciones de CMOP, la prueba de alcoholimetría, la cual arrojó resultado positivo de 0.26, motivo por el cual fue citado a descargos con recomendación verbal de su superior de aceptar cualquier cargo para evitar que fuera despedido; que en la diligencia de descargos aceptó haber ingerido alcohol en cantidad pequeña el día anterior y fuera de la jornada laboral, pero que de ninguna manera aceptó que no pudiese desempeñar sus funciones; que el 20 de junio de 2014 se

finalizó el contrato de trabajo con justa causa a partir del 21 de junio de 2014; que en ninguna parte de la carta de despido se señaló que debido al puntaje de alcoholemia, no podía desempeñar de manera correcta sus funciones; que las funciones que realizaba no son consideradas de alto riesgo, por el contrario, son funciones de bajo impacto; que durante la vigencia de la relación laboral no le cancelaron al trabajador la totalidad de prestaciones sociales, incapacidades ni indemnizaciones de ley; que el 12 de junio de 2017 radicó derecho de petición solicitando el reconocimiento y pago por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones pendientes de pago, el cual fue negado a través de respuesta del 22 de junio de 2017. (Fol. 5 a 26 y 103 archivo No 01)

2. Contestación MARIO ALBERTO HUERTAS COTES.: En lo que interesa a la causa, no se opuso a la existencia de la relación laboral, pero sí frente a las demás pretensiones, bajo el argumento de que la causa de la terminación del contrato de trabajo fue por el incumplimiento a los deberes y obligaciones por parte del ex trabajador, además que al trabajador se le dio la oportunidad de defenderse en la diligencia de descargos, e igualmente, frente a lo relacionado con que la cantidad de alcohol era mínima, expuso que la Política de Prevención de consumo de alcohol es 0%, política que es conocida por cada uno de los trabajadores al momento de ingresar a laborar; frente a las demás pretensiones adujo que cumplió y canceló la totalidad de prestaciones y acreencias laborales a las que el demandante tenía derecho. Como excepciones de mérito rotuló las de buena fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, compensación y pago y la genérica. (Fol. 109 a 114 y 250 a 252 archivo No 01).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de abril del 2022, en la que el fallador absolvió al demandado MARIO ALBERTO HUERTAS COTES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de Luis German Jiménez Espinel; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, imponiéndole costas procesales al demandante.

Para arribar a tal decisiva, y en lo que interesa para los fines del recurso de apelación, empezó por señalar que no era objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo y sus extremos, siendo objeto de discusión la terminación del contrato de trabajo, así como lo relativo a la liquidación de las acreencias laborales.

Sobre la terminación con justa causa, adujo que el trabajador cumplió con la carga de la prueba de demostrar el despido, en tanto que al demandado el corresponde probar la justeza del mismo, carga de la prueba que cumplió el empleador, ya que la justa causa tiene fundamento en el resultado positivo de alcoholimetría practicada al actor, el cual le arrojó 2.06 %, y el actor en la diligencia de descargos confesó conocer la política que tiene la compañía respecto a la prevención del consumo de alcohol, así como también manifestó la imprudencia de haber ingerido alcohol el día anterior.

Que la causal endilgada al actor contenida en el numeral 2 del artículo 60 del CST, fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional a través de sentencia C-636 de 2016, en el sentido de que dicha prohibición sólo se configura cuando se afecte de manera directa el desempeño del trabajador, situación que adujo también se cumple en el sub examine, ya que el demandante se desempeñaba como ayudante de taller, dentro de la cual se desprende que debía ser cuidadoso durante la ejecución de la labor, así como también, que debía inspeccionar los sitios de trabajo, verificar que no haya ningún tipo de redes que pueda afectar su integridad física, utilizar los puntos de apoyo al subir o bajar niveles, verificar que los guardas o dispositivos de protección y seguridad, las máquinas y equipos permanezcan en su lugar, no manipular elementos

electrónicos o mecánicos con los cuales no tienen competencia, entre otras; igualmente, que el testigo Derly Rojas, manifestó que la política del demandado es cero tolerancia con el alcohol, debido al nivel de riesgo que manejan.

Concluyó que se acreditó en forma contundente que durante la gestión del demandante al servicio de la pasiva, se estructuró una falta en el cumplimiento de su labor, lo que justifica la decisión adoptada de terminar el contrato, sin que resulte desproporcionada, dado el riesgo que tiene la empresa por su objeto social, el cual implica una dedicación de los trabajadores en su 100%, además que el demandado tiene funciones que por su naturaleza implican una responsabilidad mayor, verbigracia, la manipulación de sustancias utilizadas, y por ello, al fungir el actor como ayudante y trabajar en el patio, sí se le hacía extensiva dicho cuidado, de lo cual era consciente, pues así lo indicó en la diligencia de descargos y de ahí que violó en forma grave los procedimientos y la obligación contenida en el numeral 2) del artículo 60 del CST.

En lo que respecta al pago de salarios insolutos, trabajo suplementario horas extras y re liquidación de prestaciones sociales y demás emolumentos, consideró que la pasiva arrió los desprendibles de nómina del actor donde se evidencia el pago completo del salario, pruebas que no fueron tachadas ni refutadas por la parte demandante por lo que se les da total validez; asimismo, que frente al trabajo suplementario existe una carencia absoluta de los elementos de juicio que permitan establecer de manera certera su causación y titularidad. (Audiencia virtual, archivos 4 y 5)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte **demandante** formuló recurso de alzada con relación exclusivamente a la negativa de las pretensiones relacionadas con reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, el cual, basándose en la misma sentencia que refirió el a quo, esto es, la C-636 de 2016 de la Corte Constitucional, para decir, que, si bien es cierto que los empleadores tienen la facultad y el poder disciplinario, el mismo no puede ser arbitrario, que fue lo que realmente pasó con el actor; que era una carga del empleador acreditar que debido al estado de embriaguez la función específica del trabajador en este caso Luis German realmente se afectara o que no pueda ejercer a cabalidad el cumplimiento de sus funciones; que no está en discusión la existencia de una prueba positiva de alcoholemia, así como también que el actor aceptó que ingirió licor el día anterior, pero fue un consumo muy bajo, del 0.26%, por lo que, no está demostrado que ese consumo afectara el cumplimiento de su labor, ya que las funciones para el momento del despido, eran funciones que no se afectaron, ya que estaba dedicado a lijar y lavar piezas de metal, colocare papel, retocar pintura, mantener en condiciones de limpieza y organizado el lugar donde se encontraba, por lo que, eran funciones meramente de limpieza y de organización y solamente alguna de pintar bajo supervisión; que eran tareas que no se vieron afectadas; que no se probó que estas funciones pueden estar afectadas por la ingesta de alcohol que tuvo el demandante; que no está acreditado la incidencia negativa que tendría el consumo de sustancias por parte del trabajador; que la Corte en la interpretación que se le da al numeral segundo del artículo 60 del CST, ha sido enfática en establecer que esa facultad de poder disciplinario que tienen los empleadores nunca puede ser arbitraria, y nunca puede estar afectando la autonomía a los trabajadores; que se revoque la condena en costas

5. Alegatos. En la oportunidad procesal no se presentaron alegatos por las partes.

6. CONSIDERACIONES

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) ¿El despido por parte del demandado atendió a una justa causa o, por el contrario, lo fue sin que mediara justa causa? De presentarse esto último, **ii)** ¿Procede la indemnización por despido?

Relación laboral

No existe controversia respecto a que el actor prestó sus servicios para el demandado MARIO ALBERTO HUERTAS CORTES desde el 28 de noviembre de 2011 hasta el 21 de junio de 2014, tal como lo consideró el a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba documental (Fols. 30 a 31, 75 a 76, y 200 archivo No 01), contentiva del contrato de trabajo, carta de terminación del contrato, y liquidación final de prestaciones, en ese orden, la discusión radica en sí la terminación del contrato lo fue con o sin justa causa.

(i) Terminación del contrato de Trabajo

Proceso disciplinario para terminación de contrato de trabajo por justa causa

Sobre el punto, reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que no se requiere adelantar un procedimiento para la terminación del contrato de trabajo con justa causa, si el mismo no se encuentra estipulado en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo o convención colectiva de trabajo, además que no se puede equiparar la terminación del contrato de trabajo por justa causa con una sanción disciplinaria.

Para desatar la controversia, amerita traer a colación lo predicado de vieja data en sentencia del 21 de julio de 1991, radicado No 4392, en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, asienta que: *"la existencia de un trámite o procedimiento para despedir, convencional o reglamentario, de obligatorio cumplimiento para el patrono es un hecho que, como tal, deberá acreditarse con los medios idóneos dentro del proceso. La carga de la prueba de ese hecho incumbirá, naturalmente, a la parte que lo afirme con el propósito de obtener su efecto jurídico (art.177 del C. de P.C). Establecido ese trámite o procedimiento, el empleador obligado por él deberá acreditar su observancia so pena que el despido sea calificado como ilegal. (...) de este modo, **si el trabajador pretende que su despido, además de injusto fue ilegal, tendrá que indicarlo así en su demanda, y si esa ilegalidad se fundamenta en el incumplimiento de un trámite convencional o reglamentario será suya la carga de la prueba de la existencia de dicho trámite. Solo entonces el patrono deberá, si pretende quedar liberado de las indemnizaciones correspondientes demostrar que también cumplió a cabalidad dicho procedimiento o trámite"**.*

En este punto, viene a propósito traer a colación lo pregonado en las sentencias No 30612 y 32422 del año 2008, por la Sala de Casación Laboral de nuestro máximo órgano Jurisdiccional, al señalar: *"Esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que*

el despido no es una sanción disciplinaria, y que por ende para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como por ejemplo en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo, que no es el caso que nos ocupa”.

Sobre este aspecto, en el sub lite, se constata que en el Reglamento Interno de Trabajo (Fols. 121 a 148 archivo No 01) existe el capítulo XIII, en el que se determina la "*Escala de faltas y sanciones disciplinarias*", compuesto por los artículos 46 a 51, procedimiento que fue el aplicado por el demandado al trabajador, y en lo que interesa establece el artículo 49 que constituyen faltas gravísimas, que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, las siguientes:

- 1. El no presentarse a laborar el trabajador durante dos (2) o más días sin causa justificativa.*
- 2. La reincidencia en la violación grave por parte del trabajador de las obligaciones y prohibiciones legales, contractuales y reglamentarias”*

Ello así, lo primero que viene a propósito colegir es que, en el sub examine, la terminación del contrato de trabajo se constituyó como una sanción disciplinaria, aspecto que no mereció ninguna consideración por el a quo, pero que estima la Sala de granada importancia, dado que ello permitirá zanjar en debida forma el problema jurídico planteado, además porque en la carta de terminación del contrato se le endilga como norma vulnerada el numeral 6 del artículo 62 del CST, que establece la violación grave de las obligaciones o prohibiciones que le incumbe al trabajador, en especial la referida en el numeral 2) del artículo 60 *ejusdem*, que se estudiará más adelante, pero que desde ya sirve como referente para decir que el empleador debía ceñirse a lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo, no solo en lo referido al llamado a descargos o a rendir explicaciones, sino también en la sanción o determinación a tomar.

Bajo ese panorama, en el entendido que la terminación del contrato de trabajo constituye una sanción disciplinaria, procede la Sala a verificar si la conducta endilgada al actor constituye justa causa para finalizar el contrato de trabajo.

Justa Causa para la terminación del contrato de trabajo

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, regula la terminación del vínculo laboral por justa causa, el cual prevé dos obligaciones para quien lo dé por terminado; la primera es subjetiva y versa sobre las causales contempladas en sus literales a) y b); la segunda tiene que ver con la forma en que se da por terminado el contrato, pues impone la carga de expresar al momento de la terminación del vínculo la causal por la que opta por el despido y los fundamentos fácticos que sustentan esa determinación, tal y como lo ilustra la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998.

Sobre este tópico, la Sala ha señalado en diversas ocasiones que le corresponde al trabajador que afirma que el fenecimiento de su vinculación obedeció a un despido, demostrar su ocurrencia, en tanto que al empleador, le atañe la justificación del mismo, pues para que el despido sea justo se lo debe motivar en causal reconocida por la ley o calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos de trabajo, probando en el proceso su existencia u ocurrencia y el cumplimiento de las formalidades pre-establecidas, según lo estipulado en el parágrafo del artículo 62 del C. S. del T.

Así las cosas, conforme lo anterior y tras la lente del principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del C de P.C, hoy 167 del C.G.P, procederá la Sala a estudiar el caso en concreto.

Lo primero que resalta la Sala es que mediante comunicación del 20 de junio de 2014 le fue notificado al trabajador que su contrato de trabajo se daría por terminado con justa causa (Fol. 75 a 76 archivo No 01).

En aquella comunicación se le hizo saber del despido al demandante en los siguientes términos:

"Por medio de la presente me dirijo a usted con el objeto de informarle la decisión de la empresa de dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa legal a partir de la finalización de la jornada del día sábado 21 de junio de 2014, con base en el incumplimiento grave a sus deberes y obligaciones como trabajador el pasado 16 de junio de 2014 cuando usted se presentó con aliento alcohólico a trabajar, se le realizó la prueba de alcoholimetría la cual arrojó resultado positivo en un porcentaje del 0.26, razón por la que usted debió ser retirado del CMOP.

(...)

Es de aclarar que resulta altamente riesgoso permitir el ingreso y permanencia de cualquier persona que sea encontrada con aliento alcohólico a prestar servicios a la empresa, dado que las actividades desarrolladas al interior de CMOP han sido catalogadas como actividades de alto riesgo.

(...)

En consecuencia, la empresa ha decidido dar por terminado su Contrato de Trabajo por justa causa legal con base en lo estipulado en el numeral 6 del artículo 7º del Decreto – ley 2351 de 1965 que subrogó el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo y el numeral 2 del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo."

Conforme lo expuesto, en la comunicación de terminación unilateral y por justa causa, el empleador MARIO ALBERTO HUERTAS COTE sí previno o apercibió al actor no solo de las disposiciones legales trasgredidas, sino también de la falta o conducta que da lugar al finiquito del vínculo, la cual consistió en síntesis en haberse presentado al lugar de trabajo con "aliento alcohólico" que dio como resultado 0.26 de embriaguez.

La parte pasiva en la carta de terminación del contrato hace referencia al reglamento interno de trabajo y a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, de donde dedujo que la falta cometida por el actor es grave, lo que conduce a la Sala a estudiar sí la conducta reprochada al actor se encuentra calificada como grave en el contrato de trabajo, o reglamento interno, o por el contrario, al no estar catalogada como grave le corresponde al juez determinar sí la misma es de tal entidad que da lugar a finalizar el contrato con justa causa, y de otra parte, cual es la incidencia de lo establecido en el artículo 49, numeral 2) del Reglamento Interno de Trabajo.

Sobre el tema, ha establecido la jurisprudencia que: "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.” (SL1077 de 2018).

No obstante, en sentencia de radicado No 35998 del 25 de junio de 2009, reiterada en sentencia de radicado No 38420 del 2 de mayo de 2012, la Corte Suprema de Justicia, estableció que: *"El hecho de que una conducta del trabajador sea calificada en el contrato de trabajo como falta grave que faculte al empleador para terminar el vínculo contractual por justa causa, no significa que el juez no pueda examinar los motivos aducidos para determinar si efectivamente el trabajador incurrió en dicha falta. Desde luego que no juzgará la gravedad de la misma, pues esa calificación ha sido previamente convenida por las partes, pero sí, si el trabajador incurrió en la conducta antilaboral, ya que en estos eventos no opera la responsabilidad objetiva"*

Así las cosas, en el sub lite, una vez contrastadas las disposiciones vulneradas con el reglamento interno de trabajo (numeral 2 del artículo 45), encuentra la Sala que allí no se desprende que las partes hayan calificado la conducta como grave, pues en lo que respecta al numeral 2 del artículo 45 del Reglamento Interno de trabajo hace alusión a las prohibiciones de los trabajadores, en particular "presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia o efectos del alcohol, narcóticos o de drogas enervantes", sin el calificativo de grave.

Ahora, el Reglamento Interno de Trabajo (Fols. 121 a 148 archivo No 01) en el capítulo XIII, se determina la *"Escala de faltas y sanciones disciplinarias"*, compuesto por los artículos 46 a 51, y en el artículo 49 se precisa que constituyen faltas gravísimas, que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, las siguientes:

- 1. El no presentarse a laborar el trabajador durante dos (2) o más días sin causa justificativa.*
- 2. La reincidencia en la violación grave por parte del trabajador de las obligaciones y prohibiciones legales, contractuales y reglamentarias"*

De lo expuesto, se tiene que en el sub examine al no estar determinada como grave la conducta endilgada al actor, le corresponde su calificación al juzgador, sin embargo, debe tenerse en cuenta que solo la reincidencia da lugar a la terminación del contrato, ya que de conformidad con el artículo 48 del RIT la violación grave de las obligaciones y prohibiciones en primera y segunda vez da lugar a la suspensión del contrato por 10 días y hasta por 2 meses, respectivamente, lo que no fue tenido en cuenta por el empleador demandado, por ende, al haberse terminado el contrato de trabajo del actor con sustento en el resultado positivo de alcoholimetría, hecho ocurrido por primera vez, a pesar de que como lo informaron los testigos se hacían pruebas aleatorias constantemente, considera la Sala que se trasgredió lo estipulado en el reglamento interno de trabajo, tornándose de esa manera en injusta la terminación del contrato de trabajo.

De otro lado, si se deja de lado lo dispuesto en el Reglamento Interno de Trabajo, como lo hizo el a quo, se llegaría a la misma conclusión, ya que la falta achacada al actor, no contienen el calificativo de "grave" y al no estar tipificada la conducta como tal, la

gravedad de la falta en el asunto objeto de controversia le corresponde definirla al juez, pero, previo a ello, debe la judicatura remitirse a lo dicho por la jurisprudencia respecto a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, cuando se esgrime la prohibición legal del numeral 2) del artículo 60 del CST, esto es, "presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes".

Lo primero que hay que decir, es que mediante sentencia C-636 del 16 de noviembre de 2016, la Corte Constitucional declaró tal disposición (Numeral 2 del artículo 60 del CST) exequible condicionalmente, en "el entendido que la prohibición allí contemplada solo se configura cuando el consumo de alcohol, narcóticos o cualquier otra droga enervante afecte de manera directa el desempeño laboral del trabajador".

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL8002-2014, estudió la "gravedad de la conducta y proporcionalidad del despido" en tratándose de la causal establecida en el numeral 2 del artículo 60 del CST, argumentando lo siguiente:

"Respecto de la gravedad del hecho de que un trabajador se presente al trabajo en estado de embriaguez, vale la pena advertir que, en el interior de nuestro ordenamiento jurídico, el Código Sustantivo del Trabajo presume que, de por sí, ese tipo de comportamiento resulta contrario al recto desempeño de las obligaciones laborales, pues lo consigna expresamente como una «prohibición a los trabajadores», en el numeral 2 del artículo 60. Esta Sala de la Corte ha explicado, por su parte, que esa limitación tiene su razón de ser en la preservación de bienes jurídicos de significativa importancia, como la prestación del servicio en óptimas condiciones y la prevención de riesgos para la integridad del trabajador, de sus compañeros y de los bienes de la empresa.

(...)

Ahora bien, la Corte entiende que el hecho de presentarse al trabajo en estado de embriaguez, de por sí calificado como negativo en la legislación laboral interna, puede tener diferentes niveles de gravedad, en función de las labores que desempeñe el trabajador y del entorno profesional dentro del cual se sitúe. Por ello, la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de una decisión de despido deben ser examinadas en relación con las circunstancias particulares de cada caso y, de cualquier manera, atendiendo factores tales como, la labor que desarrolla el trabajador, el contexto y las demás condiciones medioambientales en las que se desarrolla la labor.

Tras ello, es dable concluir que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el hecho de presentarse al trabajo en estado de embriaguez puede constituirse en una justa causa de despido, si se considera grave por el respectivo juzgador, en función de las condiciones medio ambientales del trabajo (Ver CSJ SL 12 jul. 2006, rad. 28802), o si de antemano ha sido considerado como grave, en alguna convención colectiva, pacto colectivo, contrato de trabajo o reglamento interno.

(...)

Frente a tal argumento, la Corte debe señalar que, en lo que concierne al ámbito de las relaciones laborales, como lo dedujo el Tribunal, no existe alguna norma que determine que las pruebas de alcoholemia sean de la potestad exclusiva del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Aunado a ello, si, como se señaló con anterioridad, en determinados sectores de la producción y en

ciertas empresas, el hecho de presentarse al trabajo en estado de embriaguez puede tener mayores niveles de gravedad, por el alto riesgo que entraña para la seguridad de las personas y de los bienes de la empresa, resulta apenas legítimo que el empleador pueda mantener dispositivos que le permitan auscultar dicha situación, dentro de una política válida de prevención y control de la accidentalidad.

Esa conclusión deviene evidente en los casos de operarios, pilotos, cirujanos, conductores de vehículos, entre otros, pues es claro que una alteración de sus condiciones físicas e intelectivas normales, no solo pone en riesgo su propia integridad, por la cual debe velar la empresa, sino la de la empresa y la de la comunidad misma.”

En el sub examine, se itera, no se encuentra determinado en el reglamento interno de trabajo que la prohibición del numeral 2 del artículo 60 del CST o la del numeral 2 del artículo 45 del RIT, constituya falta grave, así sea por primera vez, pues acorde a lo establecido en el artículo 49 del RIT, solo la reincidencia “grave” de las obligaciones y prohibiciones, dan lugar a la terminación del contrato de trabajo, además, si se revisan las funciones que desempeñaba el actor para el año 2014, encuentra la Sala que no se cumple con el presupuesto de la proporcionalidad del despido, ya que el accionante se dedicaba a *“lijar y lavar piezas de metal, colocar el papel a las piezas a pintar, realizar retoques en pintura bajo la supervisión del jefe inmediato, mantener el área de trabajo organizada y en perfectas condiciones de limpieza, mantener los productos químicos rotulados según los procedimientos establecidos por la empresa, realizar el alistamiento de las herramientas y materiales necesarios para pintar la máquina, vehículos o piezas de acuerdo a las instrucciones impartidas por el jefe inmediato y realizar las diferentes tareas que encomiende el jefe inmediato”* (Fol. 118 archivo No 01), aúnese que el resultado de la prueba de alcoholimetría arrojó 0.26%, es decir, de conformidad con la Resolución No 000414 del 27 de agosto de 2002 del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, no alcanza a superar el primer grado de embriaguez, y por ello, debía el empleador sopesar tal situación frente a las actividades desarrolladas por el trabajador, y no tomar la decisión apresurada de extinguir el contrato de trabajo por el hecho de que el trabajador haya aceptado haber ingerido alcohol el día anterior a la fecha en que se realizó la prueba.

Se establece como defensa del demandado que en su rol empresarial está catalogado ante la ARL en nivel de riesgo V (Fol. 74 archivo No 01), y que la Política de Prevención de Consumo de Alcohol es 0%, política que es conocida por cada uno de los trabajadores al momento de ingresar a laborar, lo que en efecto se constata con la documental que reposa a folio 199 contentiva de un formato rotulado con el título de “prevención del consumo de alcohol y/o sustancias psicoactivas”, en la que se deja constancia que se *“ha explicado la política de prevención de alcohol y/o sustancias psicoactivas la cual he entendido a satisfacción y estoy de acuerdo”*, pero, ello no es suficiente para configurar la justa causa, dado que se itera, no se catalogó como falta grave y por otro lado, la sanción consistente en terminación del contrato de trabajo se configura ante la reincidencia en el incumplimiento grave de las obligaciones y prohibiciones, entre éstas, la establecida en el numeral 2 del artículo 45 del RIT, que establece la prohibición de “presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia o efectos del alcohol, narcóticos o de drogas enervantes”, siendo que en el sub examine, durante la vigencia de la relación laboral era la primera vez que dio como resultado positivo a pesar de haberse expuesto en anteriores oportunidades a tal prueba.

Igualmente, el hecho de que el demandado se encuentre cobijado por el riesgo V en materia de riesgos laborales, no determina que en el caso particular y concreto del actor al presentarse en estado de embriaguez constituya un riesgo para sí y para los demás trabajadores, pues la situación debe ponderarse de cara a las funciones que desarrolle el actor al servicio del empleador y no de manera general frente a la empresa, pues no resulta factible medir de la misma manera a un trabajador que desarrolla unas funciones operativas sencillas y básicas frente a un operario de una maquina u otra labor en la que se requiera que el trabajador no tenga ninguna alteración en sus condiciones físicas e intelectivas normales, y en ese caso, así la presencia de alcohol sea en un porcentaje igual o inferior al que se le encontró al actor, daría lugar a aplicar las sanciones que establece el Reglamento Interno de Trabajo, ciñéndose en todo caso a la proporcionalidad de la sanción o el despido de que trata la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia atrás referida.

Así las cosas, sobran las razones para determinar que la finalización del contrato de trabajo del actor fue sin justa causa, al haberse pretermitido lo dispuesto en el Reglamento Interno de Trabajo, en tanto que solo la reincidencia en la vulneración de las prohibiciones y obligaciones del trabajador dan lugar a la finalización del contrato de trabajo, y por otro lado, no se acredita que la conducta endilgada haya sido calificada como grave en el contrato de trabajo o reglamento interno de trabajo, para lo cual, debía entrarse a verificar la gravedad de la conducta y proporcionalidad del despido, hecho que analizado no demuestra que el porcentaje de embriaguez encontrado afectara de manera directa el desempeño laboral del trabajador y además, las funciones a desarrollar no son de aquellas que puedan constituir un riesgo sí o para los demás trabajadores, o para la empresa, sin que ello constituya deslegitimar la política de 0% de tolerancia de alcohol, por el contrario, permite al empleador ajustar tal política y el reglamento interno de trabajo a las consideraciones atrás vertidas, asimismo, no puede olvidarse lo decantado en la sentencia SL2035-2021, en la que trayendo a colación instrumentos internacionales, la Corte dijo:

"La Organización Internacional del Trabajo en el documento denominado «Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo» que hace parte del Repertorio de recomendaciones prácticas de la misma Organización, cuya publicación fue aprobada por el Consejo de Administración en la 262ª reunión (marzo-abril de 1995), sobre este particular y especialmente en relación con la legítima potestad disciplinaria del empleador, estimó:

Intervención y medidas disciplinarias

9.1. Preferencia por el tratamiento en vez de las medidas disciplinarias

9.1.1. El empleador debería considerar los problemas de alcohol o de drogas como un problema de salud. En tales casos, el empleador debería normalmente ofrecer servicios de asesoramiento, tratamiento y rehabilitación a los trabajadores, antes de considerar la aplicación de medidas disciplinarias.

9.2. Papel del empleador en relación con la aplicación de medidas disciplinarias

9.2.1. Debería reconocerse que el empleador tiene autoridad para sancionar a los trabajadores cuya conducta profesional sea impropia

como consecuencia de problemas relacionados con el alcohol o las drogas. Sin embargo, es preferible que los remitan a los servicios de asesoramiento, tratamiento y rehabilitación en vez de aplicarles sanciones disciplinarias. Si un trabajador no colabora plenamente con el tratamiento, el empleador podrá tomar las medidas disciplinarias que considere oportunas.

9.3. Elaboración y notificación de normas disciplinarias

9.3.1. De conformidad con la legislación y las prácticas nacionales, el empleador, en consulta y en colaboración con los trabajadores y sus representantes, debería elaborar normas disciplinarias respecto del alcohol y de las drogas. Tales normas deberían comunicarse a los trabajadores con el fin de que éstos sepan claramente cuáles son las prohibiciones y cuáles son las sanciones que podrían aplicarse en caso de infracción.

9.3.2. Los programas de información, educación y formación relativos al alcohol y las drogas deberían comprender disposiciones laborales en donde se especifiquen las circunstancias que podrían dar lugar a medidas disciplinarias, incluido el despido, de resultados de problemas relacionados con el alcohol o las drogas”.

Conforme lo anterior, a la luz de lo dicho, concluye la Sala que el despido del actor fue injusto y por ende, la terminación del contrato lo fue sin justa causa, y en ese sentido se abre paso a la liquidación respectiva por este concepto.

En ese orden, establece el artículo 64 del CST, en lo que respecto al caso particular del actor que, se reconocerán 30 días de salario por el primer año, y 20 días adicionales de salario por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

Así las cosas, una vez realizado los cálculos de rigor, por este concepto le corresponde la suma de **\$1.258.237**, teniendo en cuenta como salario base, la suma de \$616.000 que obra a folio 86, liquidación que obra a continuación.

SALARIO	\$616.000	SALARIO DIARIO
BASE INDEM	\$616.000	\$20.533
primer año 30 días	\$616.000	28/11/2011-27/11/2012
siguientes 20 días	\$410.667	27/11/2012-27/11/2013
Fracción	\$231.570	28/11/2013-21/06/2014
TOTAL	\$1.258.237	

Se precisa que para el cálculo respectivo no se tiene en cuenta el valor del auxilio de transporte, ya que el mismo no hace base para la liquidación de las indemnizaciones, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde antaño, en sentencia con radicado No 26556 del 17 de julio de 2006.

Sobre este tópico, si bien existe un valor insoluto por pagar de **\$1.258.237** por concepto de indemnización por despido, dicho rubro no se engloba en la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, tal como lo ha decantado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicado No 42940 de 2018, en razón

a que tal emolumento no constituye una prestación social en estricto sentido, por tal razón se niega tal pretensión, al igual que la referida a intereses moratorios, pues no se encuentra establecida en materia laboral para esta clase de condenas.

En lo relativo a la indexación, se reconocerá la misma sobre la condena impuesta por indemnización por despido sin justa causa aquí ordenada, hasta el momento del pago efectivo de la obligación, como quiera que la devaluación de la moneda constituye un hecho notorio en el mercado monetario colombiano, siendo procedente tal condena, ya que las sumas objeto de la misma aún no han ingresado al patrimonio del demandante y cuando lo hagan se habrán visto menguadas.

Bajo ese horizonte, para la Sala no existe otro camino diferente que revocar parcialmente el fallo de primer grado, para en su lugar condenar al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexada, conforme los presupuestos atrás esbozados, confirmando en lo demás la sentencia apelada.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de MARIO ALBERTO HUERTAS COTES y a favor de la parte demandante, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia se revocan y correrán a cargo del demandado. Tásense.

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,

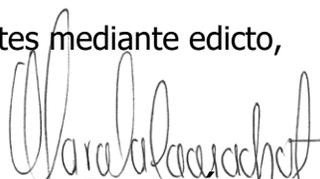
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el NUMERAL PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia proferida el 27 de abril del 2022, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, el cual declaró la inexistencia de la obligación y absolvió de todas las pretensiones a MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, para en su lugar, **DECLARAR** que el contrato que ligó a las partes terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador, **CONDENANDO** a MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, a reconocer y pagar al señor LUIS GERMÁN JIMÉNEZ ESPINEL, la suma de **\$ 1.258.237**, por concepto de indemnización por despido unilateral y sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST, suma que deberá ser indexada desde el 22 de junio de 2014 hasta el momento del pago efectivo de la obligación, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de MARIO ALBERTO HUERTAS COTES. Las de primera instancia se revocan y correrán a cargo del demandado. Tásense.

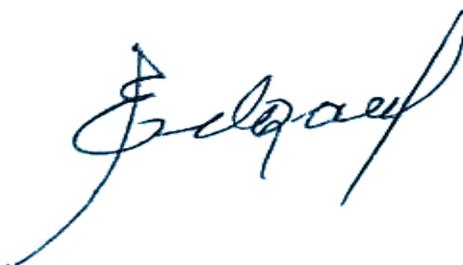
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia a favor de LUIS GERMÁN JIMÉNEZ ESPINEL, y a cargo del demandado MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, fijándose como agencias en derecho la suma de \$500.000, correspondiente a 1/2 SMLMV.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada