



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 12-2017-00742-01**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: LEAN JUSETH RODRIGUEZ JARAMILLO
DEMANDADO: CONSORCIO ENERGIA COLOMBIA SA –CENERCOL SA.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12º Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes accionante y accionada presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 3 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

I-ANTECEDENTES

LEAN JUSETH RODRIGUEZ JARAMILLO, instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad **CONSORCIO ENERGIA COLOMBIA SA-CENERCOL SA**, debidamente sustentada como aparece en el expediente de folios 55 a 68, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

En cuanto a las declarativas, que se declare que entre **CENERCOL SA** y **LEAN JUSETH RODRIGUEZ JARAMILLO**, existió un contrato de trabajo a término fijo,

desde el 16 de diciembre de 2014 hasta el 26 de agosto de 2015; y que fue despedida sin justa causa comprobada el día 27 de agosto de 2015.

En cuanto a las condenatorias, se condene a la demandada a cancelar la indemnización por despido sin justa causa del 28 de agosto de 2015 al 30 de diciembre de 2015, de acuerdo al artículo 64 del CST, la suma de \$6.875.000 con sus intereses moratorios hasta que se efectúe el pago. Igualmente a la indemnización ,oratoria del artículo 65 del CST por retardo en el pago de la liquidación por 56 días agosto 27 a octubre 23 de 2016, la suma de \$3.080.000.00; igualmente al pago de cesantías por 123 días de agosto 28 a diciembre 30 de 2015, al igual que intereses sobre cesantías por el mismo tiempo, prima de servicios, vacaciones por el mismo tiempo; aportes parafiscales a caja de compensación familiar, ICBF, Sena, Salud, pensión, con sus intereses moratorios; que se condene en costas procesales; condena ultra y extra petita.

Mediante auto del 24 de enero de 2018, el Juzgado de origen admitió la DEMANDA, una vez efectuadas las correcciones que motivaron la inadmisión inicial, y se ordenó notificar la misma a la demandada (folio 69).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA:

La compañía CONSORCIO ENERGIA COLOMBIA CENERCOL SA EN LIQUIDACION JUDICIAL, contestó la demanda, tal como se advierte del escrito que obra de folio 93 a 122 del expediente digital, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

Mediante auto del 22 de marzo de 2019, el Juzgado de origen admitió el escrito de defensa presentado por la accionada (folio 123).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA:

El **JUZGADO 12º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, agotadas las etapas procesales dictó sentencia el 6 de octubre de 2021, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR que el contrato de trabajo que existió entre **CONSORCIO ENERGIA COLOMBIA CENERCOL SA** como empleador, y la señora **LEAN JUSETH RODRIGUEZ JARAMILLO**,

como trabajadora, fue terminado unilateralmente y sin justa causa por parte del empleador, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **CONSORCIO ENERGIA COLOMBIA CENERCOL SA** a pagar a favor de la señora **LEAN JUSETH RODRIGUEZ JARAMILLO** las siguientes sumas y conceptos:

- a-** \$7.590.000.00 por indemnización por despido sin justa causa.
- b-** A la indexación de la suma anterior desde el 28 de agosto de 2015 hasta la fecha de su pago.
- c-** Al pago de intereses moratorios desde el 28 de agosto de 2015 hasta el 23 de octubre de 2015 a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, causados por la suma de \$859.000

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas, conforme a lo expuesto.

CUARTO: Condenar en costas de esta instancia al **CONSORCIO ENERGIA COLOMBIA CENERCOL SA** y a favor de la demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la cantidad de \$400.000.00

QUINTO: Absolver a la demandada de las demás pretensiones contenidas en la demanda.”

RECURSO DE APELACION:

Inconforme con la anterior decisión, la parte de demandada presenta y sustenta recurso de apelación.

Empieza por solicitar se revoque parcialmente el fallo recurrido, y se absuelva a la demandada.

Continúa manifestando que erro el despacho al estudiar las pruebas, pues el documento suscrito por la demandante acepta que conoce el reglamento interno de trabajo.

Erro también el despacho al decidir que el contrato terminó sin justa causa, pues en la carta de terminación del contrato por justa causa nunca se le dijo que se le terminaba por presentarse a laborar bajo el influjo de bebidas embriagantes; se le dio como razón para terminar el contrato de trabajo el haber ingerido bebidas alcohólicas estando con la dotación de la empresa, como disponible y con el vehículo de la empresa.

En el interrogatorio de parte la actora acepto que al otro día tenía que ir a trabajar, se está tratando de no dar importancia al hecho de haber ingerido licor teniendo a cargo el vehículo, razón por la cual se le llamo a descargos disciplinarios, y se le termino el contrato por justa causa.

Claramente infringió la cláusula 7 del contrato, y el hecho de conducir el vehículo de la empresa bajo el influjo de bebidas alcohólicas, por lo cual pudo tener problemas la empresa.

El hecho de no haber realizado prueba de alcoholemia al otro día no resultaba razonable, ya que el resultado no sería efectivo.

No es viable el pago de una moratoria por el pago de las prestaciones sociales, pues la empresa se tomó el tiempo que otorga la ley para realizar el pago de la liquidación, pues a esa fecha se encontraba en proceso de liquidación. Tampoco es viable condenar en costas.

La demandante confeso en el interrogatorio, que consumió bebidas alcohólicas con el uniforme y el vehículo de la empresa, independiente si fue una o más cervezas, pues esto pudo haber ocasionado problemas a la empresa.
Solicita revocar la sentencia.

II-CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

Los problemas jurídicos se centran en determinar: i) Si el despido lo fue por justa causa como lo afirma la demandada, o si el mismo no se ajustó a la normatividad legal como lo decidió el a quo. ii) si hay lugar a la condena por indemnización moratoria. iii) si hay lugar a la condena en costas.

Antes de adentrarnos a resolver los cuestionamientos precedentemente señalados, cabe mencionar que en esta instancia no existe discusión sobre la existencia de un contrato de trabajo a término fijo de seis meses entre la demandante **LEAN JUSETH RODRIGUEZ JARAMILLO** y la demandada desde

el 16 de diciembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2015 (folio 105 a 108), el cual al no ser preavisada la trabajadora sobre su terminación dentro de los 30 días anteriores a su terminación conforme lo establece el artículo 46 ordinal 1º del CST, se prorrogó automáticamente por un lapso igual, es decir hasta el 16 de enero de 2016.

La controversia se surte frente a la legalidad o no del despido, los intereses moratorios por retardo en el pago de las prestaciones sociales, y las costas.

INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO:

A efectos de resolver este cuestionamiento, tenemos que según lo establecido por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del C.S.T.

También se debe tener cuenta que desde antaño se ha indicado que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión, y para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

Lo anterior tiene su sustento, en el criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicado N°48351 de 2016, al expresar que en materia de despidos gravita sobre el trabajador la carga de demostrar el hecho del despido, y al empleador si anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunico la decisión, pues luego no puede alegar otras.

Con base a lo anterior y al examinar las pruebas allegadas al expediente y que tienen que ver con la terminación del contrato, esto es, el acta de descargos y la carta de despido (folios 25 a 29), se establece de entrada que acertó el a quo en su decisión, por las siguientes razones.

El 26 de agosto de 2015 se citó a descargos a la demandante, diligencia que fue efectuada por MARIO RODRIGUEZ coordinador jurídico de la empresa, y como testigo Angie Pinilla, asistente de contratación.

El motivo de los descargos se determinó así: *“Presunta violación al reglamento interno de trabajo y a las políticas de seguridad por estar ingiriendo bebidas alcohólicas con la dotación de la empresa estando disponible y con el vehículo de la empresa”. La respuesta dada por la trabajadora fue la siguiente: “el viernes salía a las 4 de la tarde de terreno, de Fomeque y venía con un auxiliar ya que no había cupo y traslade a ese personal. Entonces llegamos a Caqueza a las 5:30 PM y deje a William Casasbuena en la casa y pase por donde están mis compañeros que se encontraban en una tienda en Caqueza y entonces me dijeron que me tomara una cerveza y me baje y la tome y empezamos a hablar y ellos estaban tomando. Yo no me quité el uniforme y no guarde el vehículo porque no estaba habiendo nada malo. Yo no le vi complicación al asunto de estar con ellos en el sitio hablando y charlando hasta las 9 que ellos se fueron y yo Salí para mi casa. Luego le preguntan: Sabe usted que según el reglamento interno de trabajo y el código sustantivo del trabajo ingerir bebidas alcohólicas durante la jornada laboral esta contemplado como una falta grave?- Contesto : si se, pero no estaba en mi jornada laboral, yo estaba con el vehículo y con el uniforme. Yo no soy mujer de andar borracha y en mi vida solo me he emborrachado una vez hace muchos años, no me gustan los espectáculos y me da tristeza que me digas eso.”*

La carta de despido fechada el 27 de agosto de 2015 estableció lo siguiente frente a la terminación del contrato por justa causa: *“Por la presente me permito informarle que esta empresa ha decidido en forma unilateral con justa causa legal, dar por terminado el contrato individual de trabajo que con usted le vincula.*

La terminación del contrato se fundamenta en el siguiente hecho cierto:

Ingerir bebidas alcohólicas con la dotación de la empresa estando disponible y con el vehículo de la empresa.... La terminación del contrato tiene fundamento en el artículo 62 del literal A numeral 6º en concordancia con el artículo 58 numeral 1 y artículo 60 numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo, el reglamento interno de trabajo y lo consagrado en el contrato individual de trabajo.”

De las pruebas aportadas por la demandada se echa de menos el reglamento interno de trabajo, por lo cual no puede ser tenido en cuenta, y sobre lo pactado

en el contrato de trabajo y la aceptación que dice la apelante firmo la demandante de conocer el reglamento y condiciones laborales se observa a folios 108 vuelto y 109 vuelto lo siguiente:

En otrosí al contrato de trabajo suscrito el 15 de diciembre de 2014 (folio 108 vuelto se estableció: “ *PRIMERO:FALTA GRAVE: Las partes acuerdan que constituye falta grave meritoria de la terminación del contrato de trabajo con justa causa, el hecho que EL TRABAJADOR se presente en sus horas laborables bajo la influencia de alcohol en cualquier grado. Ingiera bebidas embriagantes, se presente bajo la influencia de sustancias alucinógenas las ingiera dentro de sus horas laborales, lo anterior por cuanto pone en peligro la seguridad de la compañía ante el riesgo de la labor.*”.

A folio 109 vuelto se encuentra una certificación firmada por la trabajadora sin fecha, en la cual se dice: “*dejo expresa constancia de que al momento de mi ingreso se me dio instrucción referente a mi oficio, riesgos existentes en general, sobre medidas de Seguridad Industrial que debo tener en cuenta dentro de la Compañía y en particular en las distintas áreas de trabajo, de los implementos de trabajo, higiene y seguridad industrial en la empresa. Declaro además, que recibí los elementos de protección personal y de seguridad industrial requeridos para mi desempeño y me comprometo a usarlos adecuadamente.*”

En virtud de las condiciones laborales que rigieron el vínculo que según alega la recurrente, se terminó por justa causa, en ningún sentido se vislumbra que la terminación se enmarque dentro de las normas citadas, pues claramente el otrosí al contrato estableció como falta grave que motivara la terminación del contrato, el ingerir bebidas alcohólicas dentro de la jornada laboral, y como quedo establecido, la ingesta de una cerveza, se dio por fuera del horario laboral, lo que hace inviable la aplicación de esta causal de terminación.

Tampoco tiene razón la apelación en el sentido que la trabajadora firmo certificación en donde conocía el reglamento de trabajo, pues lo que certifico fue el hecho de recibir los elementos de protección y de seguridad industrial para el cargo que ejercería en la empresa.

Ahora bien, la carta de terminación efectivamente basó la terminación del vínculo laboral en el hecho de endilgársele a la trabajadora ingerir bebidas alcohólicas con la dotación de la empresa, estando disponible y con el vehículo de la empresa, situaciones que no se enmarcan en las condiciones laborales pactadas en el contrato de trabajo, ni el reglamento interno que no se aportó, como tampoco en las normas contenidas en el Código Sustantivo de Trabajo, ya que el artículo 58 numeral 1 establece la obligación del trabajador de realizar personalmente la labor en los términos del reglamento el cual como se dijo no fue aportado al plenario, y de igual forma en el artículo 60 numeral 2º prohíbe a los trabajadores presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervante, lo cual no fue demostrado en el proceso.

Sobre el particular, basta citar apartes de la sentencia C 636 de 2016, referida por el a quo, que establecido:

“Por lo anterior, advierte la Corte que la prohibición de presentarse al lugar de trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos o drogas enervantes encuentra fundamento en diversos estudios, aunque estos mismos muestran que el efecto del consumo de estas sustancias en el desempeño de la labor contratada puede variar dependiendo de diferentes factores. En aquellos en los que exista mayor riesgo de lesiones en el trabajo, bien sea al trabajador o a terceros, la prohibición es especialmente importante para garantizarles su seguridad. En cambio, es posible que para determinadas actividades la prohibición resulte excesiva, en particular con relación a aquellas actividades que impliquen un riesgo menor a la seguridad del trabajador o de terceros y que puedan ser desarrolladas adecuadamente por el trabajador sin menoscabo del rendimiento del trabajador.

De lo anterior se sigue que es posible que en determinadas situaciones el consumo de sustancias psicoactivas no incida necesariamente en el adecuado desempeño de las labores contratadas o en la seguridad en el trabajo. El numeral 2 del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo es entonces demasiado amplio en la medida en que no realiza esta precisión, tratando de la misma forma a todos los trabajadores que consumen sustancias psicoactivas y perdiendo en algunos casos de vista la incidencia que este comportamiento pueda tener en la afectación de la labor u oficio prestado por ellos.

En consecuencia, concluye la Corte que para que el numeral 2 del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo constituya un ejercicio legítimo del poder disciplinario del empleador debe precisarse que el incumplimiento de dicha prohibición solo podrá tener

consecuencias disciplinarias cuando ello afecte de manera directa el desempeño laboral del trabajador. Por esta razón, la Corte condicionará en este sentido la exequibilidad de la disposición acusada.

Además, según lo analizado con anterioridad (ver supra, numerales 40 a 43), para que el poder disciplinario del empleador sea legítimo no solo debe tener relación directa con el trabajo contratado sino ser respetuoso de los derechos fundamentales de los trabajadores. Al respecto, insiste la Corte en que, en aplicación de la prohibición establecida en la norma demandada, no puede el empleador afectar los derechos fundamentales del trabajador, en particular sus derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. Por lo tanto, no le es posible, por ejemplo, sancionar disciplinariamente la conducta de los trabajadores en su tiempo libre cuando ella no tenga incidencia directa en su desempeño laboral.(subrayado fuera de texto)

En este sentido, las únicas conductas de los trabajadores que pueden ser de su interés legítimo son aquellas que tengan un directo vínculo con el ejercicio de las funciones encomendadas al trabajador, por lo que no le corresponde al empleador realizar un escrutinio sobre las conductas o modo de vida que el empleado realice en su esfera privada, lo cual para este caso comprende el tiempo por fuera del horario laboral, que no tengan relación directa con el ejercicio de sus deberes como trabajador.”

En virtud de lo expuesto queda claro para la Sala, que las normas y hechos en que se basó la terminación unilateral del contrato con justa causa alegado por la demandada no puede salir adelante. Pues como se dijo, no se demostró que la trabajadora hubiese violentado alguno de los deberes o prohibiciones establecidas en la ley, el contrato o reglamento, inclusive no esa demostrado que cantidad de cerveza consumió, solo está la prueba suministrada por la misma trabajadora que acepto haberse tomado una cerveza sin alcohol, sin que exista evidencia que fuera otra la realidad.

Por último, el hecho de compartir o departir con compañeros de trabajo que estaban consumiendo licor en un establecimiento público, no puede considerarse como una conducta que afecten la integridad o seguridad de la empresa; puesto que la dotación y el vehículo de la empresa no se demostró que estuvieran en peligro de deterioro o pérdida, como tampoco se demostró que la trabajadora estuviera en estado de ebriedad, y en disponibilidad como lo aseguro la empresa y no lo demostró en el proceso.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA:

Frente a la inconformidad de la apelante, relacionada con la indemnización moratoria, cabe señalar que con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización. De igual manera, señala que si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

A lo anterior se agrega, que su aplicación no opera de forma automática, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012 y SL 1782 de 2020).

Así las cosas, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, conlleva ciertamente una presunción de mala fe en contra del empleador, por lo que este debe acreditar que la falta de pago de esas acreencias estuvo enmarcada en circunstancias y hechos indicativos de buena fe, de lo contrario deberá acarrear con el pago de esa sanción.

En ese sentido, debe indicarse que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en sentencia de Radicación SL1782-2020, indicó que:

“Al respecto, sabido es que la indemnización moratoria surge con el incumplimiento del empleador de algunas obligaciones frente al trabajador – salarios y prestaciones sociales-, por lo que goza de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del mismo.

Significa lo anterior que para la aplicación de esta sanción, el sentenciador debe analizar en cada caso si la conducta del empleador estuvo justificada con argumentos que, pese a no resultar viables o jurídicamente acertados,

sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida en que, razonablemente, lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador, lo cual, de acreditarse, conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe”

Así las cosas, se tiene que la parte demandada, alega que pago la liquidación en los términos que autoriza la ley, pero no allega ninguna prueba que lo libere de la obligación de pagar a la terminación del vínculo la liquidación de prestaciones sociales, y por el contrario afirma que efectuó el pago en forma tardía, como efectivamente se demostró en el proceso; tampoco establece cual es la legislación que permite efectuar el pago con posterioridad a la terminación del vínculo, por lo cual esta sala no accederá a tal pedimento.

Razón por la cual, al no desvirtuarse esa mala fe por parte de quien figuro como empleador, se confirmara al pago de la sanción prevista en el artículo 65 del C.S.T., en los términos previstos en el fallo de primer grado.

III-COSTAS:

Cabe advertir, que frente a la condena en costas y la cuantía tasada por el Juez de Primera instancia, por concepto de agencias en derecho, esta no es la oportunidad procesal para alegar o refutar dicha decisión, en la medida que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, situaciones esta última que no han ocurrido en el asunto examinado, razón suficiente para no acceder a lo pretendido por la apelante, quien solo manifestó no estar de acuerdo con la condena en costas.

Atendiendo lo expuesto en líneas anteriores, la sentencia de primera instancia, será confirmada en su totalidad.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

IV-RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021, por el Juzgado 12º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 18-2017-00770-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **SANDRA MILENA ROMERO VELOZA**
DEMANDADO: **CONSORCIO EXEQUIAL SAS
COOPSERVIATIVOS CTA
COOPSERPARK CTA
EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES DINAMICOS SA
GESATH SERVICIOS TEMPORALES SAS
AUSTRAL COLOMBIA SAS**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y
DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 18º Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de julio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Ninguna de las partes presentaron alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 29 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora SANDRA MILENA ROMERO VELOZA, instauró demanda ordinaria laboral contra CONSORCIO EXEQUIAL SAS, debidamente sustentada como aparece de folio 83 a 85 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

1. Que se declare que entre la señora SANDRA MILENA ROMERO VELOZA y CONSORCIO EXEQUIAL SAS existió una relación laboral.
2. Que la relación laboral estuvo regida por contrato de trabajo a término indefinido.
3. Que dicha relación laboral existió desde el 16 de enero de 2007 al 28 de abril de 2017.
4. Que se declare a COOPSERVIATIVOS CTA como simple intermediario.
5. Que se declare que COOPSERPARK CTA como simple intermediario.
6. Que se declare a la EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES DINAMICOS SA como simple intermediario.
7. Que se declare a GESATH SERVICIOS TEMPORALES SAS como simple intermediario.
8. Que se declare a AUSTRAL COLOMBIA SAS como simple intermediario.
9. Que el pago denominado “premio no salarial” es realmente salario.
10. Que el pago denominado “medios de transporte” es realmente salario.
11. Que el pago denominado “auxilio de alimentación” es realmente salario.
12. Que el pago denominado “plan de beneficios” es realmente salario.
13. Que es ilegal el descuento efectuado denominado “restaurante”.
14. Que es ilegal el descuento efectuado denominado “descuento Coorserpark”.
15. Que la terminación del contrato de trabajo se dio por despido indirecto.
16. Que se adeudan horas extras causadas del 23 de julio de 2012 al 28 de abril de 2017.

Condenatorias:

1. Pagar la liquidación definitiva de prestaciones sociales.
2. Pagar la prima de servicios con la totalidad del salario de los años 2007 a 2010.
3. Pagar la prima de servicios de los años 2011 a 2014.
4. Pagar la prima de servicios de los años 2015 a 2017, ésta última de manera proporcional.
5. Pagar las cesantías con la totalidad del salario de los años 2007 a 2017.
6. Pagar los intereses a las cesantías con la totalidad del salario de los años 2007 a 2017.
7. Pagar las vacaciones con la totalidad del salario de los años 2007 a 2017.
8. Pagar la indemnización por despido indirecto con la totalidad del salario.
9. Pagar un día de salario por cada día de retardo, conforme el Art. 99 de la Ley 50 de 1990 por el no pago oportuno de las cesantías de 2007 a 2017.
10. Reliquidar los aportes al Sistema de Seguridad Social con la totalidad del salario del 16 de enero de 2007 al 28 de abril de 2017.
11. Que la empresa demandada debe pagar a la demandante la sanción moratoria completada en el Art. 65 del CST, por no haberse cancelada a la terminación del contrato los salarios y prestaciones sociales de forma completa. La presente condena debe extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago.
12. Indexar las condenas impuestas desde el momento en que se causó cada acreencia laboral.
13. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El **CONSORCIO EXEQUIAL SAS**, dio contestación al escrito inicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia de folio 103 a 113, conforme auto que data del 16 de agosto de 2018 (fl. 149).

Por su parte, **COORSERPARK SAS** contestó la demanda (fls. 189 a 228), conforme auto que data del 24 de septiembre de 2019 (fl. 250).

Mediante auto del 11 de junio de 2021, se dio por NO contestada la demanda por parte de **GESATH SERVICIOS TEMPORALES SAS EN LIQUIDACION, AUSTRAL COLOMBIA SAS y COOPSERVIATIVOS CTA EN LIQUIDACION** (fl 271).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 18° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 29 de julio de 2021, **DECLARÓ** que entre la señora SANDRA MILENA ROMERO VELOZA y la demandada COORSERPARK SAS, existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 16 de enero de 2007 al 16 de julio de 2012, concurriendo de forma solidaria la Cooperativa Coopserviactivos, Empresa de Servicios Temporales Dinámicos SA y Empresa Austral Colombia SAS, cuya solidaridad se da.

DECLARO PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN frente a los derechos laborales de la demandada COORSERPARK SAS y en solidaridad Cooperativa Coopserviactivos, Empresa de Servicios Temporales Dinámicos SA y Empresa Austral Colombia SAS.

DECLARÓ LA EXISTENCIA del contrato de trabajo a término indefinido entre la señora SANDRA MILENA ROMERO VELOZA y la demandada CONSORCIO EXEQUIAL SAS, desde el 23 de julio de 2012 al 24 de abril de 2017, el cual terminó sin justa causa despido indirecto.

Como consecuencia de lo anterior, **CONDENÓ** a la empresa CONSORCIO EXEQUIAL SAS, a pagar a favor de la señora SANDRA MILENA ROMERO VELOZA, las siguientes sumas de dinero:

- a) \$4.124.295 por concepto de indemnización por despido sin justa causa despido indirecto.
- b) \$39.279 pesos diarios por concepto de indemnización moratoria desde la terminación del contrato de trabajo, esto es, desde el 24 de abril de 2017 hasta el 23 de abril de 2019, corriendo a partir de dicha data, esto es, a partir del 24 de abril de 2019, solamente el valor de los intereses moratorios, a la tasa mas alta certificada por la Superfinanciera.

DECLARÓ PROBADA PARCIALMENTE la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por la sociedad demandada CONSORCIO EXEQUIAL SAS.

ABSOLVIÓ a la demandada CONSORCIO EXEQUIAL SAS de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CONDENÓ EN COSTAS a la parte demandada, esto es, a la empresa CONSORCIO EXEQUIAL SAS y la empresa COORSERPARK SAS, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, con el objeto de modificar la sentencia, para que en su lugar se acceda a las suplicas de la demanda.

- 1. CAUDAL PROBATORIO:** Señala que el Juzgado de primer grado no realizó una valoración adecuada del acervo probatorio, teniendo en cuenta que, sobre las deducciones, la denominada “Restaurante” fue consentida por la demandante, por el hecho de haberlo usado, sin embargo, si bien este era un beneficio que se le había dado a la actora, ésta tenía la obligación de usarlo, precisando en todo caso que el descuento de dicho concepto nunca fue autorizado. Así mismo, el descuento denominado “Coorserpark” es un servicio propio del empleador, por lo que hace parte del negocio, sin embargo, eso no significa que el trabajador estuviese obligado a tomar dicho servicio. Además de la discusión si fue consentido o no, tal situación resulta ser irrelevante, teniendo en cuenta que, el Art. 59 del CST expresamente prohíbe a los empleadores deducir cualquier suma. Y es que en ese sentido los descuentos “Restaurante” y “Cooserpark” se realizaron sin autorización oral ni escrita por parte del demandante, por lo que el Juzgador realizó una errónea interpretación. En consecuencia, solicita se tenga en cuenta dichos conceptos como factor salarial para que sean reliquidadas las prestaciones sociales a favor de la demandante.
- 2. HORAS EXTRAS:** Señala que si bien no se demostraron las horas extras trabajadas, lo mismo sucedió por cuanto existió confesión al respecto, por

cuanto en el interrogatorio de parte, la representante legal acepta y confiesa el horario y dice que es de 7 AM a 5 PM y los sábados medio día, también en la contestación de la demanda confiesa con la aceptación de los hechos, aunado a la prueba testimonial que coinciden en indicar que el horario de trabajo era de 7 AM a 5 PM, es decir, 10 horas, descontando la hora de almuerzo, se tiene que trabajaban diariamente 9 horas, sobrepasando el horario habitual de trabajo y una hora diaria diurna, adeudándose a la demandante, por lo solicita se reliquide las prestaciones sociales, incluyendo ésta hora diaria extra. No se demostró la jornada flexible ni el acuerdo entre las partes.

3. **PLAN DE BENEFICIOS:** Indica que, el Juzgador omitió el estudio de éste concepto pese a haberlo solicitado en las pretensiones, adicionalmente, se encuentran en el expediente todos los desprendibles con **CONSORCIO EXEQUIAL**, puede ser que por el expediente virtual que no se revisó los desprendibles de nómina, donde consta que mensualmente se le pagaba a la demandante el plan de beneficios con valores variables. Igualmente la representante legal hizo alusión a dicho concepto en su interrogatorio de parte, a pesar de que los menciona con otros nombres, acepta que la demandante los recibía mensualmente, previo un comité.

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandada (CONSORCIO EXEQUIAL)** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, para que en su lugar se nieguen las suplicas de la demanda.

1. **EXISTENCIA CONTRATO:** Como quedo demostrado, las funciones de la demandante eran claras, así como el salario devengado por ésta, no había una función por la cual debía generarse una bonificación o pago adicional y no esta demostrado dentro del expediente que tuviera que cumplir metas, pues la parte demandante se limito a decir que con el simple hecho de cumplir los informes de nomina y cumplir con los cierres contables, los cuales están incluidos dentro de sus funciones y remuneración fija mensual pactada, aunado al hecho que dentro del contrato de trabajo se estableció con la clausula quinta, una desalarizacion de otros pagos reconocidos de manera habitual por la demandada, por lo que debe dársele plena validez a dicha cláusula, donde se le da la connotación de no salarial al pago de

“plan de beneficio” o “beneficio no salarial” o cualquier otro que recibiera, diferente a la remuneración fija mensual, de conformidad con el Art. 128 del CST.

Aunado a la estipulación de no salarial pactada entre las partes, indica que, es claro que como quedo establecido, que las partes conocían de dicha naturaleza no salarial, es claro que, la demandante no realizaba función o labor adicional para que fuera remunerada adicionalmente, concluyendo que estos pagos son no salariales.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1) Sí la señora SANDRA MILENA ROMERO VELOZA tiene derecho o no a la reliquidación de las prestaciones sociales, teniendo en cuenta los conceptos “Restaurante” así como “Cooserpark”, y el “plan de beneficios” como factor salarial. 2) Sí tiene derecho al reconocimiento y pago de las horas extras.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

En esta instancia no se encuentra en discusión que existieron dos contratos de trabajo a término indefinido, así:

1. Desde el 16 de enero de 2007 al 16 de julio de 2012 suscrito entre la demandante y Cooserpark, el cual se declaró prescrito, y sin que exista inconformidad al respecto.
2. Desde el 23 de julio de 2012 al 24 de abril de 2017, suscrito entre la demandante y el consorcio exequial SAS.

PLAN DE BENEFICIOS:

Señala la parte actora que el Juzgador omitió el estudio de éste concepto pese a haberlo solicitado en las pretensiones, adicionalmente, se encuentran en el expediente todos los desprendibles con CONSORCIO EXEQUIAL, puede ser que

por el expediente virtual que no se revisó los desprendibles de nómina, donde consta que mensualmente se le pagaba a la demandante el plan de beneficios con valores variables. Igualmente la representante legal hizo alusión a dicho concepto en su interrogatorio de parte, a pesar de que los menciona con otros nombres, acepta que la demandante los recibía mensualmente, previo un comité.

Por su parte, indica la apoderada de la demandada que no es viable el reconocimiento del plan de beneficio como factor salarial, en la medida que las partes conocían de dicha naturaleza no salarial, es claro que, la demandante no realizaba función o labor adicional para que fuera remunerada adicionalmente, concluyendo que estos pagos son no salariales.

Frente al tema, el artículo 127 del CST dispone:

“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. *Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.*

Visto lo anterior, es del caso indicar que a partir de la modificación introducida por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 al artículo 128 del C. S. del T., declarado exequible por la Corte Constitucional a través de sentencia C-521 de 1995, surgió la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador y que, de acuerdo con el artículo 127 del estatuto sustantivo, podrían inicialmente ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, en virtud del acuerdo establecido por las partes.

Al tema puede verificarse los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de casación con raditaciones Nos. 5481 del 12 de febrero de 1993, 27851 del 24 de abril de 2007 y 35154 del 20 de octubre de 2009 destacando del último radicado el siguiente aparte:

“El Tribunal, luego de transcribir el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, asentó que “...lo anterior significa, que no basta con la habitualidad y continuidad para que la vivienda, alimentación y el arreglo del vestuario sean salario en

especie, sino que se necesita que expresamente no hayan pactado las partes que no constituyen salario”.

Resulta difícil de entender qué fue lo que en realidad quiso decir el Tribunal cuando afirmó que “se necesita que expresamente no hayan pactado las partes que no constituyen salario”, pues no es posible entender que la inexistencia de un pacto pueda ser expresa. Pero cualquiera fuera su intención, lo cierto es que, al discurrir de esa manera, se equivocó, pues, en principio, para que un pago en especie pueda ser constitutivo de salario se requiere que se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como ha sido desarrollado por el 129 de ese estatuto, de tal suerte que un pago en especie que se efectué de manera habitual y continua y además retribuya directamente el servicio debe ser considerado como salario para todos los efectos legales.

Sin embargo, debe igualmente tomarse en consideración, y ello no lo hace el censor, que se basó en la jurisprudencia vigente antes de la Ley 50 de 1990, que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como quedó modificado por el artículo 15 de esa ley, estableció la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes. Y dentro de esos beneficios se incluyen aquellos como la alimentación, habitación o vestuario.

Sobre esa facultad ha dicho esta Sala de la Corte que “Una de las disposiciones que mayor flexibilidad otorgó a las relaciones laborales la encarna el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que otorga a las partes unidas en un contrato de trabajo la facultad de determinar, que ciertos beneficios o auxilios extra legales que devengue el trabajador no se incluyan en el cómputo de liquidación de prestaciones sociales”. (Sentencia del 10 de diciembre de 1998. Radicación 11310)

Por esa razón, aunque el razonamiento del Tribunal fue equivocado, pues la regla general es que el suministro de alimentación, vestuario y habitación, en principio constituye salario en especie y la excepción es que, si las partes lo pactan expresamente, su pago no producirá los efectos legales correspondientes a la retribución salarial, lo cierto es que, con todo, el fallador en últimas utilizó debidamente esa regla, pues tomó en consideración lo pactado por las partes en la cláusula adicional de su contrato de trabajo y, con apoyo en ella, explicó que “la decisión del a-quo es correcta, pues las partes acordaron que el suministro en especie de la vivienda, alimentación y vestuario no constituyen salario, lo cual es legal debiéndose confirmar la decisión.” (Folio 16, cuaderno del Tribunal), con lo que aplicó debidamente la excepción contenida en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo a la que en precedencia se hizo alusión.”

En reciente jurisprudencia, la H. Corte Suprema de Justicia, en Sentencia el 7 de octubre de 2020, radicación 69731, al referirse a las reglas establecidas para determinar cuáles de los pagos efectuados al trabajador constituyen salario.

“(…) 1. Por regla general, en los términos de los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1.º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario todo aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

Dicha retribución, constituida como elemento esencial del trabajo subordinado y que sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia, actúa además como parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, de modo que es de cardinal importancia su definición y delimitación en cada caso concreto. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 la Corporación expresó: El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo señala que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. Así, el salario es la ventaja patrimonial que se recibe como contrapartida del trabajo subordinado o, dicho de otro modo, es la prestación básica correlativa al servicio prestado u ofrecido.

En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).

Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, por excepción, no constituyen salario «las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador», así como «lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones». Al respecto, en la sentencia CSJ SL5159-2018 se explicó:

(…) no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones

sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

2. En la tarea de determinar y delimitar los rubros que constituyen salario es plenamente aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, de modo que lo relevante, se insiste, es verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, más allá del rótulo que se le imprima o la fórmula que hayan definido las partes para garantizar su pago (CSJ SL12220-2017, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1437-2018 y CSJ SL1993-2019).

3. Por otra parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de Radicación n.° 69731 SCLAJPT-10 V.00 35 1990, autoriza clara y expresamente a las partes de la relación laboral para excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

Sin embargo, como lo ha precisado esta Sala de la Corte, dicha facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus condiciones reales, lo tienen (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277, CSJ SL12220-2017, CSJ SL5159-2018, CSJ SL1437-2018, CSJ SL1798-2018, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1899- 2019).

4. Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018, la forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de «desalarización» solo pueden recaer sobre «aquellos emolumentos que, pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario», tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. (...)”

Teniendo en cuenta lo anterior, al revisar la cláusula cuarta del contrato de trabajo visible a folios 114 a 118 del expediente, la misma dispone:

“CUARTA. BENEFICIOS ECONOMICOS EXTRALEGALES: Las partes acuerdan expresamente que los beneficios extralegales ocasionales o habituales que sean entregados por EL EMPLEADOR y que se encuentren enunciados en el Plan de Beneficios, calificados como no constitutivos de salario, no tienen su origen en la prestación del servicio del trabajador, sino en la mera liberalidad del EMPLEADOR o en todo caso constituye pacto expreso de las partes, en el sentido de excluirlos de la calificación salarial.

Por lo tanto, no serán tenidos en cuenta como ingreso base de cotización para seguridad social, como ingreso base de liquidación de aportes parafiscales, ni como base para la liquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones de cualquier naturaleza.”

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que de manera expresa el pago denominado “Plan de Beneficios” desde la misma suscripción del contrato de trabajo fueron excluidos, lo que quiere decir que no tienen ninguna connotación salarial, y que el mismo fue reconocido por mera liberalidad.

Frente al tema, se tiene el interrogatorio de parte de la señora María Adelaida Paris Gómez, en su doble condición de representante legal de *Coorserpark S.A.S.* y *Consortio Exequial S.A.S.*, quien manifestó que el pago del plan de beneficios era reconocido por mera liberalidad, aunado al hecho que la demandante no debía hacer nada para que le fuera reconocido, lo que significaba que no era un pago como consecuencia de las labores desarrolladas.

Al tenor de lo anterior, es claro, que si bien es cierto el pago habitual de una suma reviste de factor salarial, también lo es que en el mismo contrato de trabajo, se estableció que dicha suma, que corresponde a un “plan de beneficio”, no constituye factor salarial, de tal suerte que, la suscripción de la cláusula referida mantiene la eficacia propia de los acuerdos celebrados entre las partes, cuando los mismos no afectan o desconocen el mínimo de derechos y garantías, conforme lo indica el artículo 13 del CST; de manera que, el convenio entre las partes, conserva plena validez y eficacia, pues aunado a que dicho aspecto no fue objeto de litigio, se tiene que tal acuerdo es permitido legalmente, manteniendo su fuerza vinculante, lo que impide las reliquidaciones pretendidas por la demandante, aunado al hecho que, dicho concepto no remuneraba directamente la labor de la demandante, sino que por el contrario. Resultaba de un incentivo que la empresa le otorgaba, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** su absolución.

PAGO “RESTAURANTE” Y “PLAN EXEQUIAL COOSERPARK”:

Por otro lado, solicita la parte actora que se tenga el valor por concepto de “RESTAURANTE” y “PLAN EXEQUIAL COOSERPARK” como factor salarial para re-liquidar las prestaciones sociales, en atención que percibía dicha suma de manera mensual y periódica, en atención que, si bien eran beneficios que se le otorgaban a la actora, ésta tenía la obligación de usarlo, resaltando que el descuento que se le realizaba por dicho concepto nunca fue autorizado por al demandante, trayendo a colación el artículo 59 del CST que expresamente prohíbe a los empleadores realizar descuentos a los trabajadores que no estén autorizados. Por otro lado, aduce que el servicio “coorserpark” se trata de un

servicio propio del empleador, el cual no significa que el trabajador estuviese obligado a tomar el servicio,

Frente al tema, sea el caso precisar en primer lugar, tal y como lo indicó el juzgador de instancia, la misma demandante aceptó haber recibido dichos beneficios, así como las deducciones que se le hacían, aunado al hecho que nunca manifestó su inconformidad respecto a las deducciones que se le hacían, y si bien en el caso del “PLAN EXEQUIAL COOSERPARK” es un concepto de un servicio que la misma demandada ofrece, tal situación no hace que si la actora se encontraba inconforme con su descuento.

Así las cosas, si bien conforme la prueba documental aportada al plenario, en la que se relacionan los desprendibles de nómina con los cuales se observa que la demandante devengaba habitualmente los conceptos de “RESTAURANTE” y “PLAN EXEQUIAL COOSERPARK”, tal y como lo indicó el apoderado de la demandante, lo cierto es que debe reiterarse que de conformidad con la cláusula cuarta del contrato de trabajo se estipuló que dichos conceptos económicos extralegales no serían constitutivos de salario,.

En suma, no es procedente concluir que deben tenerse como factor salarial a efectos de re-liquidar las prestaciones sociales devengadas por la demandante, razón por la cual, se **CONFIRMARÁ** su absolución.

HORAS EXTRAS

Pretende la demandante el reconocimiento y pago de la totalidad de las horas extras, causados durante la vigencia de la relación laboral, sin que especificara los días y horas en las cuales se prestó el servicio, bajo la consideración existió confesión al respecto, por cuanto en el interrogatorio de parte, la representante legal acepta y confiesa el horario en que laboró la demandante, esto es, de 7 AM a 5 PM y los sábados medio día, también en la contestación de la demanda confiesa con la aceptación de los hechos, aunado a la prueba testimonial que coinciden en indicar que el horario de trabajo era de 7 AM a 5 PM, es decir, 10 horas, descontando la hora de almuerzo, se tiene que trabajaban diariamente 9 horas, sobrepasando el horario habitual de trabajo y una hora diaria diurna, adeudándose a la demandante, por lo solicita se re-liquide las prestaciones sociales, incluyendo ésta hora diaria extra. No se demostró la jornada flexible ni el acuerdo entre las partes.

Para resolver lo planteado, debe indicarse que frente a la remuneración del trabajo suplementario reclamado, jurisprudencialmente se ha establecido, que para que proceda su declaración judicial, deben concurrir por lo menos los siguientes elementos: i) encontrarse plenamente acreditada la permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada laboral pactada o la legal; ii) la cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con *exactitud* en la *fecha* de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas, iii) las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador, y en ese sentido; iv) las horas extras de permanencia en el trabajo, deben estar dedicados valga la redundancia al trabajo, y no a cualquier otro tipo de actividades.

En ese sentido, advierte la Sala que es el demandante quien tiene la obligación de demostrar las horas extras laboradas y no pagadas a efectos de que sean reconocidas y pagadas.

En el sublite, no obstante operar la presunción de certeza acerca de haber laborado para el demandado, se echa de menos el medio de prueba que acredite cuáles fueron los precisos días en que la demandante prestó sus servicios al demandado y es que precisamente en sentencia con radicación No 41715 del 11 de mayo de 2016 se indicó «*Acerca de la prueba del trabajo en días de descanso obligatorio, la línea jurisprudencial decantada por esta Sala de la Corte ha sido reiterada y unívoca en el sentido de exigir que **cuando del reconocimiento de trabajo suplementario y labor en días de descanso obligatorio se trata, el requisito de mérito de tal pretensión consiste no sólo en demostrar que efectivamente así sucedió, sino además, y también con el carácter de preponderante, el número de horas adicionales a la jornada máxima legal en las que se prestó el servicio.** Tal requerimiento es apenas lógico que gravite sobre el trabajador, pues es a él a quien le interesa probar esos supuestos fácticos, para que, a su vez, pueda el juez fijar el monto de la condena.*»

Tiene establecido la jurisprudencia que para que se produzca condena por horas extras, dominicales o festivos, además de estar probado el trabajo más allá de la jornada ordinaria, el caudal probatorio tiene que ser de una definitiva claridad y precisión de manera que no quede duda al juzgador acerca de su ocurrencia y no se requiera de cálculos o suposiciones para determinar el número probable de las

horas trabajadas (Sentencia del 9 de agosto de 2006, Rad. 27.064), pues no podrá deprecar condena sobre meras suposiciones.

De lo que se logra establecer con la prueba documental que obra en el expediente, visible a folios 114 a 118 específicamente la cláusula quinta del contrato de trabajo que establece la jornada laboral así:

“QUINTA. JORNADA LABORAL: El TRABAJADOR se obliga a trabajar la jornada máxima legal, salvo estipulación escrita en contrario cumplimiento con los turnos señalados por el EMPLEADOR, pudiendo este hacer ajustes o cambios en el horario cuando lo estime conveniente, teniendo en cuenta que los tiempos de descanso entre las secciones de la jornada no se computan con la misma. Todo trabajo suplementario, dominical o festivo deberá ser autorizado previamente por el EMPLEADOR sin lo cual este no reconocerá suma alguna por tales conceptos. Sin perjuicio de la facultad de modificar el horario, inicialmente la jornada de trabajo será la siguiente:

De lunes a viernes 7:30 AM 5:30 PM; sábados 9:00 AM 12 PM.”

Teniendo en cuenta la cláusula quinta del contrato de trabajo suscrita entre las partes, se observa que desde la misma suscripción de la relación laboral se pactó la jornada de trabajo, sin que la misma esté vulnerando los derechos mínimos de la trabajadora, y respecto de la cual nunca presentó inconformidad alguna.

Así las cosas, no se logra establecer con exactitud y de manera precisa, y que permita realizar un cálculo exacto sobre el número de horas extras laborados por la demandante al servicio de la demandada, esto es, adicionales a la jornada laboral pactada por las partes, requisito indispensable para proferir condena por éste concepto, motivo por el cual, se **CONFIRMARÁ** su absolución.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de julio de 2021.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(Rad. 11001310501820170077001)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310501820170077001)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501820170077001)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 34-2019-00222-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO
LUIS OVERMAN TUNJA CORTES
PEDRO JESUS SALCEDO VELOZA**

DEMANDADO: PEDRO NEIRA

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 34º Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandada, así como del demandante JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO presentaron alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 10 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

Los señores JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO, LUIS OVERMAN TUNJA CORTES y PEDRO JESUS SALCEDO VELOZA, instauró demanda ordinaria

laboral contra PEDRO NEIRA, debidamente sustentada como aparece de folio 1 y 2 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare el contrato laboral a término indefinido, entre los demandantes y el señor PEDRO NEIRA.
2. Que, como consecuencia de lo anterior, se condene al señor PEDRO NEIRA a pagar a favor de lo señor PEDRO JESUS SALCEDO VELOSA las acreencias laborales debidas, para el caso lo correspondientes a las cesantías por el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 1994, hasta la fecha que es manifiesta la presente solicitud.
3. Adicionalmente, que se condene al señor PEDRO NEIRA al pago de los intereses a las cesantías debidos al señor PEDRO JESUS SALCEDO VELOSA, por el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 1994 hasta la fecha en que se manifiesta la presente solicitud.
4. Se condene a PEDRO NEIRA al pago a favor del demandante PEDRO JESUS SALCEDO VELOSA a la suma que haya lugar de acuerdo con lo señalado por la Ley 52 de 1975 por el no pago de los intereses sobre las cesantías.
5. Se condene al demandado PEDRO NEIRA al pago a favor del señor PEDRO JESUS SALCEDO VELOSA de la suma a que haya lugar de acuerdo con lo señalado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
6. Condenar a PEDRO NEIRA al pago de las vacaciones correspondientes al periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 1994 hasta la fecha en que se manifiesta la presente solicitud.
7. Se condene al señor PEDRO NEIRA a pagar a favor de lo señor JOSE DAVID GELVEZ LIZARARO las acreencias laborales debidas, para el caso lo correspondientes a las cesantías por el periodo comprendido entre el 6 de mayo 1996, hasta la fecha que es manifiesta la presente solicitud.
8. Adicionalmente, que se condene al señor PEDRO NEIRA al pago de los intereses a las cesantías debidos al señor PEDRO JESUS SALCEDO VELOSA, por el periodo comprendido entre el 6 de mayo de 1996 hasta la fecha en que se manifiesta la presente solicitud.
9. Se condene a PEDRO NEIRA al pago a favor del demandante PEDRO JESUS SALCEDO VELOSA a la suma que haya lugar de acuerdo con lo señalado por la Ley 52 de 1975 por el no pago de los intereses sobre las cesantías.

10. Se condene al demandado PEDRO NEIRA al pago a favor del señor PEDRO JESUS SALCEDO VELOSA de la suma a que haya lugar de acuerdo con lo señalado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
11. Condenar a PEDRO NEIRA al pago de las vacaciones correspondientes al periodo comprendido entre el 6 de mayo de 1996 hasta la fecha en que se manifiesta la presente solicitud.
12. Se condene al señor PEDRO NEIRA a pagar a favor de lo señor LUIS OVERMAN CORTES las acreencias laborales debidas, para el caso lo correspondientes a las cesantías por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 1998, hasta la fecha que es manifiesta la presente solicitud.
13. Adicionalmente, que se condene al señor PEDRO NEIRA al pago de los intereses a las cesantías debidos al señor LUIS OVERMAN CORTES, por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 1998 hasta la fecha en que se manifiesta la presente solicitud.
14. Se condene a PEDRO NEIRA al pago a favor del demandante LUIS OVERMAN CORTES a la suma que haya lugar de acuerdo con lo señalado por la Ley 52 de 1975 por el no pago de los intereses sobre las cesantías.
15. Se condene al demandado PEDRO NEIRA al pago a favor del señor LUIS OVERMAN CORTES de la suma a que haya lugar de acuerdo con lo señalado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
16. Condenar a PEDRO NEIRA al pago de las vacaciones correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 1998 hasta la fecha en que se manifiesta la presente solicitud.
17. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El señor **PEDRO NEIRA**, dio contestación al escrito inicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia de folio 81 a 298, conforme auto que data del 15 de diciembre de 2020.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 34° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 20 de mayo de 2021, **DECLARÓ** que entre los demandantes PEDRO JESUS SALCEDO VELOZA, JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO y LUIS OVERMAN TUNJA CORTES, como trabajadores y el demandado PEDRO NEIRA como

empleador tuvieron sucesivos contratos de trabajo a término fijo inferior a un año suscritos entre todos y cada uno de los demandantes, así:

- 1 de febrero de 2006
- 9 de enero de 2007
- 15 de enero de 2008
- 15 de enero de 2009
- 16 de enero de 2010
- 16 de enero de 2011
- 16 de enero de 2012
- 16 de enero de 2013
- 16 de enero de 2014
- 16 de enero de 2015
- 16 de enero de 2016
- 16 de enero de 2017
- 15 de enero de 2018

APROBÓ el contrato de transacción suscrito el 21 de enero de 2019 entre el demandado PEDRO NEIRA y los demandantes PEDRO JESUS SALCEDO VELOZA y LUIS OVERMAN TUNJA CORTES.

DECLARÓ PROBADA la excepción de cosa juzgada respecto de las pretensiones de los demandantes PEDRO JESUS SALCEDO VELOZA y LUIS OVERMAN TUNJA CORTES.

ABSOLVIÓ al demandado PEDRO NEIRA de todas y cada una de las pretensiones de la demanda propuestas por PEDRO JESUS SALCEDO VELOZA y LUIS OVERMAN TUNJA CORTES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

CONDENÓ al demandado PEDRO NEIRA al reconocimiento y pago a favor del demandante JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO para el reconocimiento y pago de los siguientes valores y conceptos:

CESANTÍAS \$2.954.552

INTERESES A LAS CESANTÍAS \$359.342

PRIMA DE SERVICIOS \$2.954.552

VACACIONES \$3.107.283

SANCION MORATORIA LEY 50 DE 1990 \$25.450.650
INDEMNIZACIÓN LEY 52 DE 1975 POR NO PAGO DE LOS INTERESES
A LAS CESANTÍAS \$359.342

CONDENÓ en costas a la parte demandada SEÑOR PEDRO NEIRA, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a favor de JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandada** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, para que en su lugar se nieguen las suplicas de la demanda.

- 1. CAUDAL PROBATORIO:** Señala que existió una errónea interpretación de las pruebas arrojadas al proceso por parte del Juzgado de primer grado respecto de la condena impuesta a favor del señor JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO, como quiera que, la misma certificación de reporte de semanas cotizadas en pensión se tiene que se le pagó todas sus acreencias laborales anualmente, sin que existiera reparo alguno en la suscripción del siguiente contrato laboral, pues reitera que anualmente cancelaba las prestaciones del contrato que finalizaba.

Por otro lado, no existe reparo alguno o tacha en relación a la denuncia que se hizo respecto de la pérdida de los documentos que acreditan el pago al demandante, por lo que en virtud del artículo 164 del CGP establece la necesidad de la prueba, indicando que toda decisión debe basarse en la prueba regular y oportunamente allegada al proceso, resaltando que se aportó una constancia de pérdida de documento, con lo que se tiene que efectivamente se le pagó al demandante los diferentes conceptos aquí condenados.

Ahora, conforme el artículo 165 del CGP señala que sirve como medios de prueba la declaración de parte, el juramento del testimonio de un tercero, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, y cualquier otro medio que sirvan para la formación del convencimiento del Juez, reiterando que aquí no se tuvieron en cuenta dichas pruebas, ni se hizo una valoración probatoria a cada documento que fue allegado al expediente.

Así mismo, señala que de conformidad con el artículo 176 del CGP, las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de

la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la Ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, por lo que concluye que existe un error frente a la apreciación de la prueba y valoración.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1) Sí de conformidad con el material probatorio aportado en el plenario se logra acreditar el pago de acreencias a favor del señor JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

En esta instancia no se encuentra en discusión que existieron sendos contratos de trabajo a término fijo, conforme se indicó en el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

PAGO ACREENCIAS LABORALES A FAVOR DEL SEÑOR JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO:

Señaló el Juzgador de primer grado que, de conformidad con el material probatorio allegado al plenario, no se observó que fueran aportadas, ni por el demandante, ni por el demandado, las liquidaciones finales de las prestaciones sociales causadas y canceladas al señor JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO para los años 2006, 2010, 2015, 2016 y 2017, por lo que previa valoración de la excepción de prescripción, la cual fue declarada probada parcialmente, quedando afectado por el fenómeno de la prescripción todas aquellas prestaciones sociales causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, a excepción del auxilio de cesantías, y respecto de las vacaciones causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 2013, se procedió a condenar las acreencias laborales para las anualidades previamente señaladas.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado del demandado presentó recurso de apelación, señalando que no se realizó una debida valoración probatoria del material allegado al plenario, como quiera que se aportó denuncia de pérdida de los documentos que acreditaban el pago al demandante, así como la constancia de la pérdida de los mismos, aunado al hecho que no fue tachado

de falso por parte del actor, razón por la cual, al valorar en conjunto las pruebas arrimadas al plenario, deberá revocarse la condena impuesta por parte del Juzgador de primera instancia.

Así las cosas, fueron allegados al plenario para acreditar el pago al demandado JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO liquidación del contrato de trabajo de los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2012 (fl. 18 a 21, 24, 26 del Archivo 01 del expediente digital); así mismo, reposa copia de nómina de enero de 2010, primera quincena de febrero de 2010 (fl. 28 y 29).

Así mismo, se aportó liquidación de contrato de trabajo para el señor JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO para los años 2007, 2008, 2009, 2011 y 2014 (fl. 202 a 206, 215) liquidación del año 2018 y no aceptación de la misma (fls. 210 y 211, consignación de depósito judicial por concepto de prestaciones sociales y por valor de \$1.171.000 (fl. 213 y 214), carta remitida al demandante GELVEZ LIZARAZO informando que puede reclamar el depósito judicial realizado el 8 de enero de 2019 ante los Juzgados Laborales (fl. 219 a 222), reporte de historia laboral de cotizaciones efectuadas ante COLPENSIONES (fl. 223 a 228).

Así mismo, se encuentra documentos manuscritos por el demandante de cuentas realizadas, sin que por tanto de ésta documental se logre establecer pago alguno por concepto de prestaciones sociales.

Conforme lo anterior, fueron allegados prueba de la liquidación cancelada al señor JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO de los años 2007, 2008, 2009, 2011, 2012 y 2014, todos éstos que se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

Respecto de los años 2015 a 2017, los cuales no se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo, no fueron aportados ninguna prueba documental que acredite su pago, pues recuérdese que se aportó constancia de depósito judicial por valor de \$1.171.000 correspondiente al pago de la liquidación del año 2018, sin embargo, a folio 298 del expediente digital se aportó constancia de pérdida de documentos realizada por el demandado PEDRO NEIRA, quien denunció el extravío de los documentos personales, contentivas en 10 carpetas y 120 folios, que contenía entre otras cosas, cartas, extractos, contratos, facturas, hojas de vida, desprendibles, liquidaciones de contratos, planillas, los cuales corresponde, entre otros, a los demandantes.

Teniendo en cuenta lo anterior, se despacha desfavorablemente los argumentos expuestos por el apoderado del demandado, como quiera que con la sola constancia de pérdida de documentos no logra comprobarse que efectivamente se le canceló al demandante JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO, las acreencias laborales de manera anualizada, máxime si se tiene en cuenta que pudo haberlo acreditado por otro medio de prueba dichos pagos, tales como comprobante bancarios, consignaciones y/o transferencias, los cuales no fueron aportados en el plenario.

Ahora bien, en este punto es importante resaltar que el *artículo 167 del CGP* aplicable por analogía en materia laboral, según remisión que hace el *artículo 145 del código de procedimiento laboral y de la seguridad social*, es claro en establecer que las partes están obligadas a probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que indican en su favor.

En materia probatoria, es principio universal que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, la carga de la prueba es el interés en realizar dentro del proceso determinada actividad tendiente a demostrar los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, al igual que los hechos que el demandado basa su defensa, conducta en que se debe observar celosamente quién tiene la obligación de desplegar tal actividad probatoria.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa y teniendo en cuenta las pruebas antes recaudadas, encuentra la Sala que la parte demandada no logró demostrar que en efecto hubiese cancelado en su totalidad las prestaciones sociales a favor del señor JOSE DAVID GELVEZ LIZARAZO, por cuanto de las pruebas allegadas al proceso tan solo se acredita que se le cancelaron la correspondiente a los años 2007, 2008, 2009, 2011, 2012 y 2014.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la deficiencia probatoria relacionada, con el pago de las prestaciones sociales, impide la prosperidad de las pretensiones incoadas en el recurso de alzada, toda vez que con la prueba recaudada no se permite determinar el pago que aduce el recurrente.

Bastan las anteriores consideraciones, para **CONFIRMAR** en su integridad el fallo proferido en primera instancia, relvándose de calcular los valores condenados, por no ser objeto expreso de apelación.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de mayo de 2021.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(Rad. 11001310503420190022201)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310503420190022201)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503420190022201)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 38-2019-00630-02

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: JORGE TADEO LOZANO VERGARA
DEMANDADO: BANCO AGRARIO DE COLOMBIA SA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38º Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandada, presentó alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 26 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor JORGE TADEO LOZANO VERGARA, instauró demanda ordinaria laboral contra del BANCO AGRARIO, debidamente sustentada como aparece de folio 4 y 5 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la existencia de un contrato laboral a término indefinido, entre el demandante y la demandada, comprendido entre el 3 de julio de 2002, el cual se encuentra vigente a la fecha, tal como lo considera el Decreto 1083 de 2015; al no haber sido pagada la indemnización conforme a la normativa en esta materia.
2. Condenar al pago de de \$78.895.000 conforme a la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST, por tratarse de una terminación unilateral sin justa causa por parte del empleador, indemnización concerniente desde el año 2002 hasta el año 2017, cuando fue despedido sin justa causa.
3. Se ordene la acción de reintegro del señor JORGE TADEO LOZANO VERGARA, al ser ilegal e ilegítima su acción de despido; además de no ser procedente la terminación unilateral del contrato de trabajo, por no haber cancelado la demandada las indemnizaciones consagradas por Ley.
4. Condenar a la demandada, al pago de la suma de \$27.343.470, conforme el concepto de perjuicios morales y psicológicos causados al actor y los cuales se encuentran debidamente demostrados y sustentados por profesional perito.
5. Que las anteriores sumas de dinero sean objeto de actualización e indexación conforme a Ley.
6. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Mediante auto del 2 de julio de 2020, se dio por NO contestada la demanda por parte del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA SA.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 30 de septiembre de 2021, **ABSOLVIÓ** al BANCO AGRARIO DE COLOMBIA SA de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por parte de JORGE TADEO LOZANO VERGADA. **EXCEPCIONES**, dadas las resultas del juicio, el Despacho consideró que no había lugar a declarar ningún medio exceptivo. **COSTAS** a cargo del demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, para que en su lugar se accedan las suplicas de la demanda.

- 1. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS DECRETO 1083 DE 2015:** Señala que, se presentó un indebido análisis a la luz del Decreto 1083 de 2015, el cual señala que cuando un contrato termina por plazo presuntivo debe otorgársele la indemnización, sumado a los perjuicios ocasionados, resaltando que los perjuicios fueron probados dentro del plenario con el Dictamen Pericial, resaltando que el Juzgado descalifica el peritaje aportado, no empleó una técnica demostrativa o argumentativa o técnica al referirse que dentro del mismo no se desacreditó al profesional, por otro lado, indica que el dictamen aportado cumple con los presupuestos procesales de la norma, cumpliendo con la totalidad de la prueba para hacer en demostrativa y valorativa, considerada como prueba reina dentro del proceso, y que la misma no fue desvirtuada por ninguna de las partes, por lo que considera que ésta prueba es suficientemente clara, pertinente, conducente y además eficaz, la cual fue practicada y no ha sido objeto de ningún reparo.

Por otro lado, tampoco se hace un análisis de las demás pruebas allegadas al plenario, las cuales son claras y en la sentencia no se indicó porque éstas no cumplieron con esos caracteres específicos, y en ese sentido se probó la indemnización de perjuicios conforme el Decreto 1083, el cual recoge el Decreto 2127 de 1945.

Ahora, conforme lo indica el Juzgado de primera instancia, si bien se le cancelaron unos salarios al demandante, lo cierto es que no se le canceló la indemnización establecida por el Decreto 1083 y 2127 del 45, del tiempo que le faltare por cumplir el plazo presuntivo.

Así pues, la norma establece dos momentos o situaciones diferentes, por un lado, la indemnización y por otro, los salarios correspondientes al tiempo que faltare por cumplirse el plazo pactado o presuntivo, y es allí donde se aparta del análisis realizado por el A Quo.

Por otro lado, si bien existieron diferentes contratos a término indefinido y se presentó un aviso previo para dar por terminada la relación laboral, insiste que no se ha cancelado la indemnización a que tiene derecho el actor.

- 2. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:** Señala que la terminación de la relación laboral se dio sin que el demandante se encontrara pensionado, situación respecto de la cual no hubo pronunciamiento alguno por parte del Juzgado, que no se encontraba incluido en nómina de pensionados, por lo que el actor no podía ser despedido, pues hasta tanto el actor estuviese incluido en nómina, no podía ser desvinculado de la entidad, dejando desprotegido a un pre pensionado.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1)** Sí de conformidad con el material probatorio aportado el señor JORGE TADEO LOZANO tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios del Decreto 1083 de 2015. **2)** De manera subsidiaria, si es procedente el reintegro del demandante, por tener estabilidad laboral reforzada al tratarse de un prepensionado, y no estar incluido en nómina de pensionados cuando ocurrió se desvinculación.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

En esta instancia no se encuentra en discusión que el demandante se vinculó al BANCO AGRARIO el **3 de julio de 2002**, inicialmente mediante un contrato a término fijo, y que conforme la modificación realizada el 2 de julio de 2011 (fl. 330 Archivo 01 Cuaderno Físico 01 del expediente digital), se pactó que el contrato de trabajo variaría a uno indefinido con plazo presuntivo, de acuerdo a la constancia de trabajo visible a folio 224 del archivo denominado “01 Cuaderno Físico 01” del Expediente digital.

Tampoco se encuentra en discusión que el último cargo desempeñado por el actor fue el de “Profesional Senior, en la Unidad de Nómina – Dirección de Nómina”, con una asignación básica mensual de \$7.635.000, conforme liquidación definitiva visible a folio 181 del archivo denominado “01 Cuaderno Físico 01” del Expediente digital.

Que el **28 de abril de 2017**, le fue comunicado al demandante la decisión del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA SA de la terminación de la relación laboral,

conforme lo establecido en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, conforme carta de terminación de contrato de trabajo visible a folio 181 del archivo denominado “01 Cuaderno Físico 01” del Expediente digital.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS:

Solicita el apoderado de la parte demandante el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios establecida en el Decreto 1083 de 2015, teniendo en cuenta que en los contratos que terminan por plazo presuntivo, debe otorgársele la indemnización, sumado a los perjuicios ocasionados, siendo éstos probados con el Dictamen Pericial allegado, el cual aduce que cumple con los presupuestos procesales de la norma, por lo que considera que ésta prueba es suficientemente clara, pertinente, conducente y eficaz. Por otro lado, señala que no se hizo otro análisis de las demás pruebas allegadas al plenario, pues son claras para acreditar la indemnización de perjuicios, esto es, el tiempo que le faltare por cumplir el plazo presuntivo, conforme lo dispone el Decreto 1083 que recogió el Decreto 2125 de 1945. Concluye que la norma establece dos situaciones diferentes, por un lado la indemnización, y por otro, los salarios correspondientes al tiempo que faltare por cumplirse el plazo presuntivo o pactado, y es ahí donde cae en error el Juez de primera instancia.

En ese orden, los contratos a término fijo pueden pactarse hasta por dos años. **Los de plazo presuntivo**, son aquellos en los cuales no se expresó ningún término de vigencia, razón por la cual se entienden pactados por el término de seis meses prorrogables por períodos iguales. Los contratos a término indefinido son aquellos en los que, como se indica, las partes expresan que su duración o término será indefinido.

Conforme lo anterior, artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, rezan:

ARTÍCULO 40. *El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales.*

ARTÍCULO 43. *El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo. La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo de terminado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el*

trabajador continuare prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses.

Así las cosas, del análisis que la H. Corte Constitucional hace de los artículos mencionados del Decreto 2127 de 1945, se infiere que los contratos de trabajo pueden ser pactados a término fijo, con plazo presuntivo y a término indefinido, precisando que los aludidos artículos fueron modificados por los artículos 2.2.30.6.1, 2.2.30.6.2 y 2.2.30.6.4 del Decreto 1083 de 2015.

No obstante lo anterior, si bien la materia a la que se refieren tales preceptos fue regulada íntegramente por el Decreto 1083 de 2015, pero, en rigor, ello no comporta ningún efecto práctico, pues la norma de reemplazo, vigente a la fecha de la extinción del contrato, era del mismo tenor literal, tal como se aprecia a continuación:

“ARTÍCULO 2.2.30.6.4. Contrato indefinido. *El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales.*

[...]

ARTÍCULO 2.2.30.6.7. Prórroga del contrato. *El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al empleador, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo. La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al empleador, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses.”*

Vale recordar que el Decreto 1083 de 2015 fue expedido con el propósito de compilar las normas reglamentarias preexistentes del sector de la función pública, y que, según sus considerandos, en virtud de sus características propias, el contenido material de este decreto guarda correspondencia con el de los decretos compilados.

Así las cosas, a la luz del texto normativo vigente para la época del despido, los contratos de trabajo en los que no se pacte una duración determinada, legalmente se presumen celebrados por 6 meses, prorrogables por períodos iguales por la sola continuidad de la prestación del servicio.

En concordancia con lo anterior, se itera, el contrato de trabajo pactado de manera indefinida con trabajadores oficiales se entiende celebrado por periodos de seis meses, a no ser que a través de la negociación individual o colectiva, se dispongan de manera expresa unas condiciones más favorables, eso sí, que sean de tal claridad que no dejen duda de que su intención es la de excluir los periodos de seis meses, así como de eliminar la terminación del contrato de trabajo por el vencimiento del plazo presuntivo, y sancionar al empleador por la terminación unilateral del contrato de trabajo.

Al respecto, en la sentencia SL1580 de 2022, que a su vez trajo a colación la SL2717-2018 en la que el máximo órgano de cierre adoctrinó:

“En concordancia con lo anterior, esta Sala de la Corte ha sostenido que la ley establece una suerte de presunción legal, de que el contrato de trabajo pactado de manera indefinida con trabajadores oficiales, se entiende celebrado por periodos de seis meses, a no ser que tal cuestión sea modificada a través de negociación individual o colectiva de las condiciones de trabajo. En la sentencia CSJ SL, 21 feb. 2005, rad. 23957, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 30 jun. 2005, rad. 24607; CSJ SL, 28 may. 2008, rad. 31490; CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 32558; CSJ SL, 24 mar. 2010, rad. 34584; CSJ SL 2 may. 2012, rad. 39479 y CSJ SL 12 de feb. 2014, rad. 39773, la Corte señaló al respecto:

El plazo presuntivo es el imperio de la ley en favor del Estado cuando funge como empleador y por ende de la sociedad sobre la voluntad de las partes. La ley presume que en todo contrato laboral concertado por aquél, la ausencia de una estipulación sobre la duración del contrato implica, aunque parezca contradictorio, la fijación de un plazo de vigencia del contrato de seis meses según el Decreto 2127 de 1945. La presunción es legal, y por eso tanto en la contratación individual como en la colectiva, las partes pueden acordar lo contrario y apartarse del plazo presumido por el legislador. Y aquí, como ocurre con el régimen de los contratos a término fijo, con los cuales la identidad es manifiesta, en los gobernados por el plazo presuntivo la intención que exprese una de las partes de no prorrogar el contrato solamente es unilateral en apariencia, porque el imperio de la ley impone un contexto contractual en el cual se asume que las partes convinieron la fijación de un plazo semestral. (Negritas fuera de texto).

También ha definido la Corte que cuando las partes a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones de trabajo, consientan en apartarse de la figura del plazo presuntivo, tienen que elaborar cláusulas convencionales o contractuales expresas, que no dejen duda de que su intención es la de excluir los periodos de seis meses, así como de eliminar la terminación del contrato de trabajo por el vencimiento del plazo presuntivo y sancionar al empleador por la terminación unilateral del contrato de trabajo.

En consonancia con lo dicho, no basta con que en el contrato de trabajo se estipule el «término indefinido», para que se entienda excluido el plazo presuntivo, sino que se requieren cláusulas que eliminen rotundamente la potestad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, por expiración del plazo presuntivo. Así lo ha dicho esta Corporación en sentencias como la CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 32558 y CSJ SL 12 de feb. 2014, rad. 39773 en las que razonó al respecto:

El artículo 43 del Decreto 2127 de 1945, establece lo siguiente:

(...)

De manera que el artículo bajo examen consagra una presunción legal, y por tener dicha naturaleza, tanto la administración pública y el trabajador pueden acordar, en cuanto a su duración, modalidad diferente a la que por ley presume.

Entonces, cuando las partes así lo han convenido, es más que razonable entender, como lo hizo el juez de apelación, que el mencionado acuerdo debe dimanar con total y absoluta nitidez, de manifiesto, que aflore la voluntad inequívoca de los contratantes de inaplicar la presunción en comento, todo en oposición de la celebración de pactos ambiguos o con vaguedades, no solamente en aras de preservar la seguridad jurídica de los protagonistas sociales, sino también, porque es insoslayable que los contratos de trabajo corresponden ejecutarse a la luz de los principios, entre otros, de transparencia y buena fe. Más aún cuando la norma no exige prueba solemne para llevar a cabo tal consenso.

Así, de acuerdo con lo establecido por el Decreto 2127 de 1945, artículo 51, norma jurídica a la cual podía acudir válidamente la enjuiciada para la terminación de la relación laboral por el vencimiento del plazo pactado, sin tener a cargo indemnización alguna por ello.

Por ello, no es dable equiparar el rompimiento del contrato de trabajo a término fijo por expiración del plazo, al de un despido injusto, por la potísima razón de que, como se dijo, su finalización obedeció a un modo legal, como lo es el cumplimiento del plazo acordado por las partes. Ello es así, en la medida en que, además de fijar el término de duración, los contratantes aceptan desde su celebración lo estipulado para su ejecución, y se someten a la normatividad que gobierna este tipo de vínculos, sin que tampoco sea factible realizar ningún análisis para el caso bajo la normativa de la parte individual del Código

Sustantivo de Trabajo, pues la misma no es aplicable a las trabajadoras oficiales.

Ahora bien, el artículo 2.2.30.5.15 dispone:

“ARTÍCULO 2.2.30.6.15 Pago de salarios e indemnización por terminación. *Fuera de los casos a que se refieren los artículos 2.2.30.6.11, 2.2.30.6.12, 2.2.30.6.13 y 2.2.30.6.14 del presente Decreto, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar.”*

Conforme la norma transcrita, se tiene que el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague los salarios que le faltare para cumplir el plazo presuntivo, lo que corresponde a la sanción que se le impone al empleador por terminar el vínculo laboral antes de tiempo, situación que a todas luces fue cumplida por el empleador demandado, pues al revisar la liquidación definitiva visible a folio 182 del Archivo “01Cuaderno Físico1” del expediente digital, le fue cancelado al demandante la suma de \$16.288.000 por concepto de indemnización por 64 días, lo que se concluye que le fue cancelados los días que le hicieron falta para terminar el plazo pactado en la relación laboral.

Ahora, en lo que respecta a la “indemnización de perjuicios a que haya lugar”, la misma se configura precisamente en el evento en que se acredite que se haya causado un perjuicio al ex trabajador, para lo cual, el demandante aportó Dictamen Pericial con el que pretende acreditar le perjuicio causado por la terminación de su vinculación laboral.

No obstante lo anterior, el ordenamiento legal no establece las condiciones en que se debe tarifar esa indemnización de perjuicios, sin embargo, se observa que fue aportado Dictamen Pericial, en donde se indica que se debería indemnizar al demandante en una cuantía de 35 SMLMV, en donde se destacan una variables con factores sociales, donde se determina que al demandante se le dictaminó un “trastorno de estrés post traumático”, sin que dicha situación configure un perjuicio con el fin de que sea indemnizado.

Lo anterior, por cuanto se necesitaría de un estudio mas profundo, tal como el de su entorno social, o las circunstancias que rodearon al demandante luego de la terminación de la relación laboral, los comportamientos que generaron dicha

finalización, y especialmente, que consecuencias la afectación que generó el supuesto trastorno de estrés, máxime si se tiene en cuenta que dicho dictamen no está soportado con otras pruebas documentales, tales como alguna cita médica ante su EPS y/o médico tratante que respalde dicho dictamen y que acreditan que efectivamente hayan ocasionado alguna secuela psicológica que afecte al demandante que le impida o limite continuar con su vida cotidiana, especialmente, en lo que tiene que ver con su vida personal, familiar y laboral.

Por otro lado, debe destacarse que la liquidación de prestaciones sociales fue cancelada dentro de los 90 días siguientes a la comunicación de dar por finalizado el vínculo laboral, razón por la cual, tampoco se generó un detrimento para el demandante.

Así las cosas, la Sala coincide con el Juzgador de primer grado con que, el dictamen pericial aportado por parte del actor no es suficiente para configurar un perjuicio que conlleve a indemnizarlo, conforme lo dispone el Decreto 1883 de 2015, razón por la cual conlleva a **CONFIRMAR** su absolución.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:

Por otro lado, solicita se declare que el demandante JORGE TADEO LOZANO gozaba de estabilidad laboral reforzada, por cuanto al momento de su desvinculación no había sido ingresado a nómina de pensionados, razón por la cual, el actor no podía ser despedido el 28 de abril de 2017.

La H. Corte Constitucional define a los prepensionados en la sentencia T 357 de 016 de la siguiente manera:

«Tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.»

El segundo requisito que se debe cumplir para tener derecho a esta protección especial, es la afectación al mínimo vital, como lo ha dicho el máximo órgano Constitucional así:

«No obstante, se ha establecido que las personas próximas a pensionarse pueden ser sujetos de especial protección constitucional cuando en los hechos presentados al juez de tutela se hace evidente que estas están en riesgo de sufrir una afectación a su mínimo vital.»

Así mismo, en sentencia T-595/16 se definió la figura de prepensionado de la siguiente manera:

*(...) Prepensionado en el contexto del examen de solicitudes de amparo constitucional, es aquella persona que fue retirada de su puesto de trabajo faltándole 3 años o menos **para cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas, según sea el caso, que le permitan acceder a la pensión de vejez.***

Frente al tema, vale la pena traer a colación la sentencia T 055 de 2020 que adoctrinó

“A efectos de establecer el alcance de la protección constitucional de prepensionados, debe recordarse que la misma no se traduce, per se, en una permanencia indefinida en el empleo, así como tampoco puede desprenderse de ella una cláusula según la cual las relaciones de trabajo son perennes. De ello se sigue que la estabilidad laboral para las personas que cuenten con la condición de prepensionados, no puede entenderse de manera absoluta dado que, en todo caso, será importante analizar la naturaleza del vínculo y el contexto de la terminación contractual.”

Así las cosas, vale la pena recordar que mediante Resolución GNR 278318 del 19 de septiembre de 2016, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES reconoció pensión de veje al señor LOZANO VERGARA JORGE TADEO, en cuantía de \$4.166.515 para el año 2016, la cual se dejó en suspenso, por tratarse de ser un servidor público activo.

Posteriormente, mediante Resolución GNR 333639 del 10 de noviembre de 2016 la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES modificó la anterior resolución, en el sentido de re-liquidar la pensión de vejez con una mesada para el año 2016 de \$4.188.255 (fls. 182 a 200 Archivo “02 Cuaderno Físico 2” del expediente digital).

Que en el anterior acto administrativo se le informó al demandante que, se seguiría el procedimiento en el Decreto 2245 de 2012, razón por la cual, COLPENSIONES remitiría comunicación de dicho acto administrativo, junto con la información sobre las condiciones y el término de inclusión en nómina, allegando copia del acto administrativo, de conformidad con lo previsto por el Art. 2º y 3º del Decreto 2245 de 2012.

Así mismo, le indicaron que, a fin de incluir la prestación en la nómina de pensionados, el interesado deberá allegar el acto administrativo de retiro y/o el certificado de retiro correspondiente a un PAC COLPENSIONES donde se le radicará a través del modulo de recepción Acto Administrativo de retiro. Se le informó que dicho documento debía establecer de manera expresa la fecha a partir de la cual, se efectuaría la desvinculación laboral del beneficiario de la prestación reconocida, a fin de garantizar la no solución de continuidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta contradictorio la pretensión del demandante en su recurso de apelación tendiente a declarar que gozaba de estabilidad laboral reforzada, como quiera que actualmente se encuentra pensionado por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y para que sea tenido como “prepensionado”, como quiera que en términos de las altas Cortes, debe considerarse como prepensionado aquellas personas que les falte 3 o menos años **para cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas, según sea el caso, que le permitan acceder a la pensión de vejez**, situación que no ocurre en el presente caso, como quiera que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez desde el año 2016, y que fue el fondo de pensiones quien dejó en suspenso la inclusión en nómina de pensionados, hasta tanto el mismo actor acreditara su retiro del servicio, situación que ocurrió en noviembre de 2017, fecha a partir de la cual fue incluido en nómina de pensionados y se le viene cancelando la mesada pensional.

Así pues, no puede pretenderse una estabilidad laboral reforzada, como quiera que, para el momento de la finalización del vínculo laboral (abril 2017) ya se encontraba con pensión de vejez reconocida, incluso desde el año 2016, conforme Resolución GNR 278318 del 19 de septiembre de 2016.

Bastan las anteriores consideraciones, para **CONFIRMAR** en su integridad el fallo proferido en primera instancia, en el sentido de ABSOLVER a la entidad accionada de todas y cada una de las pretensiones incoadas.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de septiembre de 2021.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(Rad. 11001310503820190063002)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310503820190063002)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503820190063002)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 38-2019-00743-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **JOSE HUMBERTO LOPEZ TABINA**
DEMANDADO: **FLOTA MAGDALENA SA**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38º Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandante presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 5 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

I-ANTECEDENTES

El señor **JOSE HUMBERTO LOPEZ TABINA**, instauró demanda ordinaria laboral contra FLOTA MAGDALENA SA, debidamente sustentada como aparece en el expediente digital de folio 84-106 y archivo de reforma demanda, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

“1. Declarar la existencia de una relación laboral entre el demandante y el demandado, FLOTA MAGDALENA S.A.

2. Declarar que la relación laboral inició el día 20 de septiembre del año 2017 y finalizó el día 20 de julio del año 2019.

3. Declarar que el salario del accionante a la fecha de terminación de la relación laboral es la suma de \$ 1.200.000.

4. Declarar que, a la finalización de la relación laboral, el empleador FLOTA MAGDALENA S.A no canceló a la demandante sus prestaciones salariales y prestacionales:

- I I. Auxilio de cesantías,
- II II. Intereses a las cesantías,
- III III. Vacaciones,
- IV IV. Prima de servicios.
- V V. Aportes a salud.
- VI VI. Aportes a pensión.

5. Condenar al empleador FLOTA MAGDALENA S.A., a cancelar a favor del demandante las prestaciones patronales causadas durante la vigencia de la relación laboral, así:

- I (I) Auxilio de cesantías
- II (II) Intereses a las cesantías
- III (III) Vacaciones
- IV (IV) Prima de servicios
- V (V) Aportes a salud
- VI (VI) Aportes a pensión

6. Condenar al empleador FLOTA MAGDALENA S.A.S, a pagar favor del demandante la sanción establecida en el artículo 99 numeral 3 de la Ley 50/1990, recibiendo un (1) día de salario por cada día de mora en la consignación del auxilio de cesantías correspondiente a los siguientes períodos:

AUXILIO DE CESANTÍAS AÑO 2017(15/febrero/2018)

AUXILIO DE CESANTÍAS AÑO 2018(15/febrero/2019)

7. Declarar que la terminación de la relación laboral operó por parte del empleador SIN que mediara justa causa.

8. Condenar al empleador FLOTA MAGDALENA S.A. a cancelar a favor del demandante a título de indemnización como corolario del despido SIN justa causa.

9. Condenar al demandado FLOTA MAGDALENA S.A, al pago de la sanción establecida en el artículo 65 del C.S. del T., a pagar a favor del demandante la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de un día de salario por cada día de retardo, por el no pago de salarios y prestaciones adeudados a la finalización de la relación laboral, sanción que tiene efectos desde el 21 de julio de 2019 hasta el pago efectivo de los salarios y prestaciones.

10. Condene en costas a la parte demandada. “

11. *Declare la existencia de cualquier otro derecho que se llegue a demostrar de acuerdo con la facultad extra y ultra petita que se reconoce en favor de los derechos de los trabajadores.*

Mediante auto del 21 de noviembre de 2019, el Juzgado de origen admitió la DEMANDA (folio 121).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA:

FLOTA MAGDALENA S.A., contestó la demanda luego de ser subsanada, tal como se advierte del escrito que obra de folio 144 a 149 del expediente digital, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

Mediante auto del 19 de marzo de 2021, el Juzgado de origen admitió el escrito de defensa presentado por la demandada.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA:

El **JUZGADO 38º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, dictó sentencia el 6 de septiembre de 2021, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Flota Magdalena SA de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por el señor JOSE HUMBERTO LOPEZ TABINA. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante”

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE :

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante, presenta recurso de apelación.

Solicita se revoque la sentencia y se acceda a las suplicas de la demanda, pues considera que incurrió en error el a quo al no analizar las pruebas documentales, pues en la contestación de la demanda se determinaron claramente los extremos de la relación laboral, pues se dijo que ingreso en 2017 y que termino la relación laboral en 2019.

Se debe por parte del juez definir las fechas en que trabajo con las órdenes de pago de los recibos allegados, las tarjetas con sus fechas, y los documentos de alcoholemia también con sus fechas.

Existen suficientes elementos de juicio para determinar la relación laboral. Está demostrada la existencia de la relación laboral, y también que la empresa necesita relevadores para prestar el servicio de transporte.

Solicita se declaren tantos contratos como recibos de pago se allegaron al proceso. O en caso contrario que la sentencia no haga tránsito a cosa juzgada, pues por un error en las pretensiones de la demanda no puede negarse los derechos laborales del trabajador.

Procede la Sala a resolver la alzada, no encontrando irregularidades que invaliden lo actuado, previas las siguientes,

II-CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

Los problemas jurídicos se centran en determinar: i) Si con la documental allegada se prueba el contrato de trabajo entre las partes, y se puede interpretar la demanda para no perjudicar al trabajador. ii) si hay lugar en virtud de las facultades ultra y extra petita a condenar a la demandada por tantos contratos como recibos de pago se adjuntaron con la demanda.

Antes de adentrarnos a resolver los cuestionamientos precedentemente señalados, cabe mencionar que en esta instancia no existe discusión sobre las labores ejecutadas por el actor como conductor relevante de la empresa Flota

Magdalena SA en forma interrumpida durante algunos días, y algunos meses desde septiembre 20 de 2017 hasta julio 20 de 2019.

INTEPRETACION DE LAS PRETENSIONES:

Realizadas las anteriores precisiones, y a efectos de resolver el cuestionamiento planteado frente a lo manifestado por el apelante, que con la valoración de las pruebas se puede entrar a reformar las pretensiones que pretende el apelante se tenga en cuenta en este estrado, se considera por parte de esta Sala de Decisión, que no hay lugar a realizar modificación alguna al respecto, en la medida que este tema ya fue abordado en su momento por el A-quo, en la fijación del litigio, como quiera que lo pretendido en el libelo introductor era la declaratoria de existencia de una sola relación laboral dentro de los extremos establecidos, y un salario mensual, con el cual se pretendían las liquidaciones prestacionales e indemnizatorias, decisión que quedo en firme en dicha audiencia.

Lo anterior obedece a que el Juzgado de origen, en la audiencia de junio 2 de 2021 de que trata el artículo 77 del CPT y la SS, estableció:

“ FIJACIÓN DEL LITIGIO: Se declaran probados los hechos 13, 16, 20, 21, 27 y 28 de la demanda, los cuales han sido admitidos por la accionada y en consecuencia, el litigio versará sobre los hechos no admitidos y sobre la viabilidad o no de las peticiones incoadas.”

En este orden de ideas, se considera que la sustentación del recurso de apelación presentado contra la sentencia emitida por el A-quo, no es la etapa procesal para REFORMAR LA DEMANDA, más cuando la sociedad demandada, dio contestación a la misma, y sobre dichas pretensiones se desarrolló el litigio; aunado a que las reformas que se presentaron en su momento por los apoderados tanto de la activa, como de la pasiva, ya fueron atendidas por el Juzgado de origen, al resolver los recursos impetrados, por lo que no hay lugar a variar, modificar o revocar un auto que se encuentra en firme, y cuyo trámite no puede invalidar las actuaciones surtidas con posterioridad.

Ahora sobre una indebida valoración de las pruebas, no se encuentra una desacertada interpretación, pues los recibos de pago allegados, como las planillas

y las certificaciones de pruebas de alcoholemia, lo que pueden establecer es que tal como lo acepto la demandada, el trabajo que efectuaba el demandante era esporádico, y con la anuencia de los dueños del vehículo, y que por cada viaje que efectuaba como relevador se le cancelaba la suma acordada.

En ese sentido el litigio se enmarco en lo pretendido por el actor como era establecer una única relación laboral entre los extremos relacionados, y lo dicho por la demandada que no existió una continuada dependencia y subordinación del conductor respecto a la empresa, pues como se dijo las labores eran desarrolladas en forma intermitente.

Claramente el fallo del a quo no desconoce lo establecido en el artículo 15 de la ley 15 de 1959 que establece que para este tipo de trabajadores los contratos de trabajo se entienden celebrados con las empresas respectivas, y que los dueños de los automotores serán solidariamente responsables de las acreencias laborales; en igual sentido lo estableció la ley 336 de 1996 en su artículo 36; pero lo que motivo la negativa a acceder a las suplicas de la demanda, fue que las pretensiones de la demanda estaban encaminadas a declarar la existencia de una sola relación laboral dentro de los extremos relacionados, junto con las cesantías y demás acreencias laborales e indemnizaciones, por lo cual al probarse que no se presentó en la práctica una sola relación laboral, sino que las labores lo fueron en forma ocasional o transitoria con interrupciones significativas, no era posible acceder a las suplicas de la demanda, dado que el litigio se circunscribió a la demostración de la relación laboral que presento el libelo demandatorio, y que fue debidamente debatido en el proceso ejerciendo la demandada su derecho de contradicción y defensa.

FACULTADES ULTRA Y EXTRA PETITA:

Ahora, frente a las facultades ultra y extra petita, sabido es que el artículo 50 del C.P.T y S.S., establece: *“El Juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que*

corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.”

Con base a lo anterior, tenemos entonces que la facultad extra petita, es decir, por fuera de lo pedido, requiere para su procedencia que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso, defensa y contradicción de la entidad llamada a juicio.

Entre tanto, la facultad ultra petita, esto es, más allá de lo solicitado, exige que la pretensión invocada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor. Sumado, a que estas facultades radican en los jueces laborales de única y de primera instancia, y el juez de segundo grado, en principio, no puede hacer uso de ellas, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el proceso y (ii) estén debidamente probados.

Frente al tema, resulta dable traer a colación la providencia con radicado AL3480 de 2021, en la que nuestro máximo órgano de cierre, expresó:

“Teniendo en cuenta las facultades ultra y extrapetita, el juez no puede desbordar el marco trazado por las partes en conflicto, de modo que le está vedado pronunciarse, sin más, sobre supuestos y peticiones no incluidas ni discutidas por las partes al interior del proceso y que, por ello, nunca pudieron ser debidamente consideradas pues, sin perjuicio de que puedan presentarse eventos que al momento de presentación de la demanda no se preveían o que el funcionario judicial pueda declarar derechos más allá de lo pedido, lo cierto es que ello se enmarca en un respeto de los derechos de defensa y contradicción de las partes y debe guardar total correspondencia con los hechos y pretensiones planteados desde el comienzo, debidamente probados y alegados por la parte interesada. Sobre el particular, el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, hoy 281 del Código General del Proceso, aplicable al proceso laboral por remisión del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, establece que los fallos de Radicación n.º 82981 SCLAJPT-04 V.00 4 primera y segunda instancia deben guardar coherencia entre el contenido del fondo de la relación jurídico procesal, de los hechos y las peticiones de la demanda, de su contestación y de las excepciones formuladas, así como de lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, con lo resuelto por el juzgador.”

Así las cosas, siguiendo la normativa citada y el precedente jurisprudencial enunciado, no hay lugar atender las suplicas relacionadas en la alzada, tendientes a que en este estrado se interpreten las pretensiones y se imponga condena en

tantos contratos de trabajo como recibos de pago hubiere allegado el demandante con el libelo, pues sería ejercer una facultades ultra y extra petita que conforme lo normado en el artículo 50 del CPT y SS están vedadas en esta instancia.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para confirmar la ABSOLUCION impartida.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

III-RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2021, por el Juzgado 38º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO