



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ORLANDO TRUJILLO MOTTA
Demandada: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES
SUCURSAL COLOMBIA
Radicado No.: 01-2019-01176-01
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA– APELACIÓN
DEMANDANTE – REVOCA PARCIALMENTE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Orlando Trujillo Motta instauró demanda ordinaria contra Estrella International Energy Services Sucursal Colombia, con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral sin solución de continuidad y, en consecuencia, se ordene a su favor el pago de 180 días salario por el despido ilegal; reintegro a su lugar de trabajo, junto con los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir; ajuste de su remuneración salarial, cesantías y sus intereses, vacaciones y prima de servicios; sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; perjuicios morales por la terminación ilegal del vínculo laboral; indemnización a los daños en vida relación, por afectación del núcleo familiar; indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes se suscribieron varios contratos de trabajo, teniendo múltiples cargos, entre esos, aceitero, mecánico I y supervisor de mantenimiento, labores que desarrolló de manera simultánea, recibiendo remuneración inferior a un trabajador que ejerce la misma función. Refirió que su última asignación salarial correspondió a la suma de \$4.500.000, además, que los extremos temporales de la relación laboral fueron desde el 13 de junio de 1998 al 5 de febrero de 2018.

Explicó que, en febrero de 2017 sufrió de un intenso dolor en su hombro por un movimiento hacía la bomba de lodos, además, que producto de quedarse colgado de los hombros, en diciembre de ese mismo año decidió asistir a una consulta por medicina general, en la que se le diagnosticó traumatismo de tendón del manguito rotador y por consiguiente le otorgaron tres días incapacidad. Preciso que su empleador no le informó a la ARL la ocurrencia de los citados hechos, ni dio manejo por salud y seguridad en el trabajo. Adujo que el 5 de febrero de 2018 le fue finalizada la relación laboral aduciendo cumplimiento del término fijo pactado, aunado a que en el mismo año le fueron calificadas por la Junta Regional de Calificación de Invalidez sus enfermedades como de origen laboral, decisión que fue ratificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el año 2019. (Expediente digital, PDF01CuadernoPrincipal, págs. 181 a 196).

2. Contestación de la demanda. Al momento de recorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, aduciendo que no hubo un solo vínculo laboral, en la medida que entre las partes celebraron varios contratos de trabajo a término fijo y de obra o labor contratada, de forma interrumpida. Indicó que, en el último nexo contractual celebrado entre las partes, el demandante estaba atado al equipo 1225, de conformidad con el contrato CA 3734 suscrito con OXY, finalizado mediante orden de servicio el 31 de diciembre de 2017; sin embargo, la vinculación perduró hasta el 5 de febrero de 2018, debido a que debían remover del lugar de prestación de servicios el citado equipo.

Con fundamento en lo anterior, adujo que la terminación del contrato de trabajo del demandante obedeció a la finalización de la obra o labor determinada, amparada en lo señalado en el artículo 61 numeral 1 literal d), momento para el cual no gozaba de estabilidad laboral reforzada en los términos señalados en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues desconocía cualquier afectación que tuviera el actor, ni fue notificada de que estuviera en proceso de calificación. Indicó que su conducta tampoco encuadra en los descritos en el artículo 216 del C.S.T., por lo que no hay lugar imponer ninguna culpa patronal.

Frente a los hechos aceptó el enlistado en el numeral 20° relacionado con que el juez de tutela no concedió la estabilidad laboral reforzada, en tanto que el contrato de trabajo finalizó por una causa objetiva. Atinente a los demás señaló no constarle o no ser ciertos y en su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó causa legal en la terminación del contrato de trabajo e inexistencia de nexo causal entre la terminación y el estado de salud del actor, buena fe, prescripción, compensación, cobro de lo no debido y pago. (Expediente digital, PDF 03ContestaciónDemanda).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de marzo de 2023, en la que el fallador absolvió a la encartada de todas y cada una de las súplicas de la demanda, impetradas por el demandante, a quien gravó en costas.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que debía dilucidar, entre otras cosas, si hay lugar o no a declarar la existencia de contrato laboral entre las partes y si le asiste derecho al pago o no de prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos señalados en escrito de demanda. Con tal propósito, acudió a los medios probatorios practicados en el proceso, para a continuación precisar que con respecto a la unidad contractual que reclama el demandante, las documentales dan cuenta de que el actor efectuó distintas vinculaciones con la aquí demandada, las cuales obedecieron a varios contratos celebrados a obra o labor contratada y a término fijo, por lo que si bien de ello se infiere la existencia del laborío entre las partes, no lo es con relación con la unicidad jurídica pretendida, en tanto que existieron múltiples nexos contractuales, en los cuales mediaron interrupciones.

En lo atinente a la estabilidad laboral reforzada adujo que de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se requiere que el trabajador demuestre una pérdida de capacidad laboral superior al 15%, situación que no encuentra demostración en el presente asunto, más aún cuando el demandante al absolver el interrogatorio de parte refirió que no remitió los soportes de su condición clínica, lo cual ratificó el representante legal de la encartada al señalar que su situación médica la vino a conocer cuando ya había finalizado el contrato de trabajo.

Con todo lo anterior, estimó que no se logró demostrar una sola vinculación laboral, por lo que tuvo como último contrato de trabajo celebrado entre las partes, el suscrito a partir

del 5 de febrero de 2018, acotando que para la fecha de su finiquito el actor no goza de estabilidad laboral reforzada en el empleo, ya que no contaba con una pérdida de capacidad laboral, restricción o recomendación médica o una situación que le impidiera o restringiera sustancialmente su labor, en aplicación de la sentencia SU-049 de 2017 de la Corte Constitucional.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión el **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que, aunque el A quo indicó que no hubo unicidad en el contrato de trabajo, lo cierto es que no verificó la intención de la relación contractual, es decir, cuál era la voluntad de las partes al momento de finalizar una relación laboral e iniciar otra. Dijo que en últimas lo que se pretendía era la continuidad del nexo y seguir con las mismas funciones, en la medida que el propósito fue la de frenar los efectos de la vinculación primigenia y en ese orden impedir que se acumularan las cargas económicas que genera la unicidad del laborío.

De otro lado, en lo atinente a la estabilidad laboral reforzada sostuvo que basado en el principio de favorabilidad, se debió aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional y no de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, en esa medida, solo exigirle un padecimiento que en el presente asunto sí existió, al punto que hubo una calificación del origen de las patologías, la cual si bien fue posterior al finiquito de la relación laboral, lo cierto es que fue con ocasión a la demora en el trámite del acto calificadorio. Preciso que su empleador ante la dolencia de su trabajador debió reportarlo ante el sistema general de seguridad social en riesgos laborales dentro de las 48 horas siguientes, situación que omitió.

En ese orden, dijo que, si se encontraba con fuero de salud y debía ser tratado como un trabajador en estado de urgencia manifiesta previo a la culminación del laborío, de cara a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, más aún cuando la encartada conocía del padecimiento que sufría. Indicó que el fallador de primer grado incurrió en error en la valoración probatoria, al omitir su confrontación con los elementos normativos que regulan el caso, pues de haberlo efectuado en debida forma, le hubiera permitido colegir que se está ante una persona objeto de protección constitucional.

En lo que atañe a la culpa patronal adujo que los medios de convicción daban cuenta de que el empleador omitió reportar dentro de las 48 horas siguientes a la ARL, la dolencia que padecía en su lugar de trabajo, pues de cara al interrogatorio de parte que surtió el representante legal de la demandada, este recibió asistencia en campo, más no tratamiento médico, el cual fue solo dado hasta diciembre en su EPS, asumiendo, además, una carga económica adicional en tanto que tuvo que ir a médico particular. Indicó que el fallador de primer grado omitió tales circunstancias y, por ende, no se pronunció sobre la indemnización plena de perjuicios, la cual, se halla demostrada en tanto que la culpa está debidamente probada.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor solicitando que este Tribunal evalúe la culpa del empleador en el suceso el accidente de trabajo y con ello se apliquen la indemnización ordinaria y plena de perjuicios, así como lo demás pedido en el escrito de demanda.

5.2. Demandada. Adujo en su escrito de alegaciones que por su actividad industrial celebra contratos con compañías operadoras en virtud de las cuales ejecuta actividades de exploración y explotación en zonas petroleras, ajustadas a los requerimientos técnicos determinados en el contrato y los programas de operación, para lo cual es necesario que

movilice y desmovilice el taladro al final de cada obra, y esa es la razón para celebrar contratos de trabajo por obra o labor o por termino fijo con el actor, mismo que culminó por cuanto la obra para cual había sido contratado había finalizado. Dijo que el promotor del proceso no reportó accidente laboral, tampoco tuvo incapacidades médicas y restricciones o recomendaciones, por lo que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al colegir que entre el demandante y la sociedad accionada existieron múltiples contratos de trabajo y no colegir que dicha vinculación fue única e ininterrumpida?; (ii) ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?; en caso positivo, (iii) ¿Tiene derecho al pago de salarios y demás acreencias laborales solicitadas en el escrito introductor?; y (iv) ¿a la demandada le asiste responsabilidad a título de culpa patronal con ocasión de las enfermedades calificadas al actor como de origen laboral?

3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y la labor que efectuó el actor al momento en que fue finalizado el nexo contractual.

4. Unicidad contractual. La parte demandante centró su inconformidad contra el fallo de primera instancia aduciendo que las partes estuvieron vinculadas mediante un único contrato de trabajo y no a través de múltiples vinculaciones, como lo coligió el juez primigenio. En consecuencia, se entrará a verificar por la Sala si existe unicidad en el nexo contractual, como lo sostiene el actor desde el libelo introductor.

Sobre el particular, ciertamente aparece probado que las partes celebraron varios contratos de trabajo a término fijo y por obra o labor contratada, cuya duración, atendiendo la literalidad de su parte introductoria, se circunscribieron así:

CLASE DE CONTRATO	FECHA DE INICIO	OBRA O LABOR CONTRATADA	TÉRMINO FIJO	FECHA DE FINALIZACIÓN	MOTIVO DE LA TERMINACIÓN
por obra o labor contratada	13/06/1998	aceitero del equipo pride 7, mientras que dure la perforación del pozo ceibas 35		9/07/1998	terminación de la obra
por obra o labor contratada	10/07/1998	mientras dure la perforación en el campo rio ceibas con el equipo pride 7 y para el contrato suscrito entre ingeser de Colombia y braspetro		2/12/1999	terminación de la obra
por obra o labor contratada	4/12/1999	movilización del equipo de perforación pride no.7 del pozo rio cetbas no. 66 en Neiva a la localización malaquita en el área de		27/12/1999	terminación de la obra

CLASE DE CONTRATO	FECHA DE INICIO	OBRA O LABOR CONTRATADA	TÉRMINO FIJO	FECHA DE FINALIZACIÓN	MOTIVO DE LA TERMINACIÓN
		arrayanes (Huila), arme del equipo y perforación de pozo (s), a partir del pozo malaquita no. i.			
por obra o labor contratada	28/12/1999	por el tiempo de duración del contrato suscrito entre petrobras y pridecolombia services, que hace referencia a la perforación de pozos en el área de mango en Yaguará (huila), incluye movilización del equipo a la localización mango en (Yaguará), arme del equipo y perforación de pozos a partir del pozo mango no. 46		4/04/2000	renuncia voluntaria
por obra o labor contratada	7/04/2000	por el tiempo de duración del contrato suscrito entre hocol s.a y pridecolombia services, que hace referencia al re.entry de pozos en el área de balcón de aipe (Huila), incluye desarme del equipo de perforación pride no. 25 en campo base no. i y movilización a la localización balcón, arme del equipo y re-entry a partir del pozo balcón no. 12		18/09/2000	terminación de la obra
por obra o labor contratada	23/09/2000	por el tiempo que dure el mantenimiento del equipo de perforación pride no.7 en Yaguará		19/12/2000	terminación de la obra
a término fijo inferior a un año	3/01/2001		3 meses	2/01/2002	expiración del término pactado
a término fijo inferior a un año	9/01/2002		2 meses	1/03/2002	renuncia voluntaria
por obra o labor contratada	8/03/2002	por el tiempo de duración del contrato suscrito entre petrobras y pridecolombia services, que hace referencia a la perforación de pozos petroleros con el equipo de perforación pride no. 7, en el área de guando en melgar (Tolima), a partir del pozo guando no. 18		7/04/2002	terminación de la obra
a término fijo inferior a un año	24/04/2002		7 días	28/04/2002	renuncia voluntaria
por obra o labor contratada	29/04/2002	por el tiempo de duración del contrato suscrito entre petrobras y pride colombia services, que hace referencia a la perforación de pozos petroleros en el área de guando en melgar (Tolima), con el equipo de perforación pride no. 22, a partir del pozo guando no.22, incluye alistamiento del equipo, arme, desarme y		16/12/2002	terminación de la obra

CLASE DE CONTRATO	FECHA DE INICIO	OBRA O LABOR CONTRATADA	TÉRMINO FIJO	FECHA DE FINALIZACIÓN	MOTIVO DE LA TERMINACIÓN
		movilización del equipo			
a término fijo inferior a un año	27/12/2002		1 mes	19/04/2003	renuncia voluntaria
a término fijo inferior a un año	22/04/2003		14 días	16/06/2003	renuncia voluntaria
a término fijo inferior a un año	20/06/2003		1 mes	21/10/2003	renuncia voluntaria
a término fijo inferior a un año	23/10/2003		1 mes	1/03/2004	renuncia voluntaria
a término fijo inferior a un año	3/03/2004		1 mes	1/06/2004	expiración del término pactado
por obra o labor contratada	7/07/2004	por el tiempo que dure el contrato suscrito entre petrobras y pride Colombia services, que hace referencia a la perforación de pozos petroleros en el área del huila, con el equipo de perforación pride no. 7, a partir del pozo mangos 97h. incluye desarme y desmovilización		19/09/2004	terminación de la obra
por obra o labor contratada	23/09/2004	por el tiempo que dure el contrato suscrito entre Ecopetrol y Pride Colombia services, que hace referencia a la perforación de pozos petroleros en el área del meta, con el equipo de perforación pride no.24, a partir del pozo apiay no.21. incluye desarme y desmovilización		22/06/2006	renuncia voluntaria
a término fijo inferior a un año	29/06/2006		1 año	1/07/2009	renuncia voluntaria
a término fijo inferior a un año	8/07/2009		2 meses	18/03/2010	renuncia voluntaria
a término fijo inferior a un año	25/03/2010		1 año	30/03/2012	renuncia voluntaria
a término fijo inferior a un año	5/04/2012		3 meses	26/02/2013	renuncia voluntaria
por obra o labor contratada	12/04/2013	por el tiempo que dure la realización o ejecución de la obra correspondiente al mientras duren las labores de alistamiento del equipo sai 8 a ser realizado en el lote la florida Barrancabermeja (Santander)		10/05/2013	terminación de la obra
por obra o labor contratada	17/05/2013	por el tiempo que dure la realización o ejecución de la obra correspondiente a labores de movilización arme de equipo y servicio oe perforación del pozo acordeonero con el equipo sai,		13/08/2013	terminación de la obra

CLASE DE CONTRATO	FECHA DE INICIO	OBRA O LABOR CONTRATADA	TÉRMINO FIJO	FECHA DE FINALIZACIÓN	MOTIVO DE LA TERMINACIÓN
		en el municipio de San Martin departamento del cesar según contrato no. utm-30 de 2013 suscrito entre San Antonio internacional sucursal Colombia y unión temporal midas			
por obra o labor contratada	17/08/2013	mientras duren las labores de alistamiento del equipo sai 24 a ser realizado en el lote la florida de Barrancabermeja (Santander).		25/09/2013	terminación de la obra
a término fijo inferior a un año	4/10/2013		2 días	5/10/2013	expiración del término pactado
por obra o labor contratada	17/10/2013	por el tiempo que dure la realización o ejecución de la obra correspondiente a labores de movilización arme de equipo, perforación, terminación, completamiento y pruebas del pozo exploratorio aullador 2, con opción de un (i) pozo de Ecopetrol en el territorio nacional, con el equipo sai 24, en el área del municipio de sabana de torres departamento de Santander según contrato no. ma-0030069, suscrito entre San Antonio internacional sucursal Colombia y Ecopetrol s.a.		13/10/2014	terminación de la obra
por obra o labor contratada	22/11/2014	por el tiempo que dure la realización o ejecución de la obra correspondiente a labores de alistamiento del equipo e-1515 en lote de serpent ubicado en el municipio de Yopal, departamento del Casanare.		22/01/2015	terminación de la obra
por obra o labor contratada	17/02/2015	por el tiempo dure la realización o ejecución de la obra correspondiente a labores de movilización, arme de equipo y servicio de perforación, mantenimiento y reacondicionamiento de pozos de hidrocarburos con el equipo e-909, en el departamento del meta en campo rubiales y campo quifa desarrollo según contrato no. 5500003920 suscrito entre estrella internacional energy services sucursal colombia y meta petroleum corp		9/03/2015	renuncia voluntaria
por obra o labor contratada	17/03/2015	por labores de alistamiento, movilización, arme y desarme de equipo y servicios de		18/06/2015	renuncia voluntaria

CLASE DE CONTRATO	FECHA DE INICIO	OBRA O LABOR CONTRATADA	TÉRMINO FIJO	FECHA DE FINALIZACIÓN	MOTIVO DE LA TERMINACIÓN
		perforación del pozo gohan con el equipo e-1515, en el municipio de Tauramena departamento de Casanare, según contrato no. 8010009875 suscrito entre cepsa Colombia s.a. y estrella international energy services sucursal Colombia.			
por obra o labor contratada	24/06/2015	por labores de movilización, arme de equipo y servicio de perforación, completamiento y prueba de 3 pozos de hidrocarburos iniciando en el pozo la yuca 276 con el equipo e-1225, en el departamento del arauca en campo caño limón según work order no. ca-3692 suscrito entre estrella international energy services sucursal Colombia y Occidental de Colombia llq.		25/07/2015	terminación de la obra
a término fijo inferior a un año	30/07/2015		15 días	27/09/2015	renuncia voluntaria
por obra o labor contratada	30/09/2015	por labores de servicios de perforación y completamiento del pozo julguero 3 con el equipo e1515, en el municipio oe Tauramena departamento de Casanare, según contrato no.8oioooo9875 suscrito entre cepsa Colombia s.a. y estrella international energy services sucursal Colombia		15/10/2015	terminación de la obra
por obra o labor contratada	5/01/2016	por labores de movilización del equipo e-554 desde bloque sabanero hasta el municipio de gaitán departamento del meta.		1/02/2016	terminación de la obra
por obra o labor contratada	9/03/2016	por labores de movilización, arme/desarme de equipo y servicio de perforación, completamiento y prueba del pozo boyanero i con el equipo e-1225, en el departamento del Arauca en campo caño limon según work order no. ca.3747 suscrito entre estrella international energy services sucursal Colombia y occidental oe Colombia llc.		2/04/2016	terminación de la obra
por obra o labor contratada	15/09/2016	la obra para la cual se contrata a el trabajador y consecuentemente, la obra que determina la duración de su vinculación laboral en el cargo contratado está determinada		27/09/2016	terminación de la obra

CLASE DE CONTRATO	FECHA DE INICIO	OBRA O LABOR CONTRATADA	TÉRMINO FIJO	FECHA DE FINALIZACIÓN	MOTIVO DE LA TERMINACIÓN
		por labores de alistamiento, del equipo e-722, en campo quifa, de puerto gaitán departamento de meta.			
por obra o labor contratada	10/10/2016	por labores de alistamiento, movilización, arme de equipo y servicio de perforación, completamiento y prueba de los pozos galembo 01 y macana 01 con el equipo e-1225, en el departamento de Arauca en campo caño limón según work order no. ca-3734 suscrito entre estrella internacional energy servtces sucursal Colombia y occidental de Colombia llc		10/12/2016	terminación de la obra
por obra o labor contratada	11/01/2017	servicio de movilización, arme, perforación, completamiento y prueba del pozo bayonero 04 con el equipo e.1225, en el departamento de Arauca en campo caño limón según work order no. ca-3734 suscrito entre estrella internacional energy services sucursal Colombia y occidental de Colombia llc		28/08/2017	terminación de la obra
a término fijo inferior a un año	9/10/2017		10 días	17/11/2017	expiración del término pactado
por obra o labor contratada	23/11/2017	por servicio de perforación del pozo la yuca 278, con el equipo e-1225, en el departamento de Arauca en el campo caño limón, según work order no. ca-3734 suscrito entre estrella internacional energy services sucursal Colombia y Occidental de Colombia llc.		5/02/2018	terminación de la obra

En los contratos de trabajo a término fijo existen sus prórrogas y preavisos entregados por la encartada dentro del término ley al actor, documentos que cuentan con la firma del recibo de este, quien, además, finalizó algunos de ellos, por renuncia voluntaria. A lo anterior se suma que, de acuerdo con la relación de las vinculaciones laborales referenciadas en precedencia, entre las partes también existieron sendos contratos de duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada de los que sobresale con total claridad la determinación de la obra, el finiquito de cada contrato, su liquidación y el nacimiento del otro. En ellos, se observa que la causa de ello fue el cambio del objeto, es decir, la finalización de la obra y el comienzo de otra, lo que hace disímil la vinculación jurídica que pretende el recurrente.

Por consiguiente, para la Sala los reproches que hace el recurrente frente a la decisión de primera instancia no cuentan con vocación de prosperidad, en tanto que de los medios de persuasión anotados se colige que la relación laboral que ató a las partes estuvo gobernada por sendos contratos laborales a término fijo y por obra o labor contratada, los cuales, aunque ciertamente fueron múltiples, como lo afirma la censura, su vigencia

dependía de las circunstancias que rodeaban la prestación del servicio del actor, lo cual marcaba con claridad su objeto y de contera su finalización, por lo que es claro que el vínculo jurídico, como ya se dijo, se quebrantó.

En la perspectiva anotada, el haz probatorio da cuenta que entre las partes existieron diferentes relaciones laborales cada una de forma independiente, en tanto que en estas se pactaron expresamente que el vínculo duraría mientras persistiera la obra para la cual fue contratada o el término del plazo fijo pactado, por tanto, la duración contractual fue producto del mutuo acuerdo y no de una decisión unilateral; suscripción amparada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por ello, no puede ser de recibo para esta Corporación que el accionante quien los suscribió, pretenda ahora desconocerlos a través de esta vía judicial, sin presentar prueba alguna que acredite la existencia de algún vicio en su consentimiento, ni la vulneración del mínimo de derechos y garantías consagradas por la ley laboral a su favor o en su defecto, que sus cláusulas adolezcan de nulidad o contuviera objeto o causa ilícita, por lo cual, siendo el contrato ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil y no encontrarse las referidas particularidades en el cuerpo de los mismos, no pueden ser desechados por ninguna de las partes.

Es del caso anotar que ninguna de las pruebas que se allegaron a este juicio lograron evidenciar que la empleadora pretendió menoscabar o burlar derechos laborales al actor, ya que la realidad probatoria que integra el diligenciamiento no apunta a que se haya incurrido en una en una violación al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas contractuales; contrario a ello, lo que si se prueba es que la suscripción de los contratos de trabajo provino de la libertad contractual con que cuentan las partes para establecer lo mejor que les convenga, de modo que, obliga no solo a lo que él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la Ley pertenecen a ella, tal y como lo dispone en el artículo 55 del C.S.T.

Y es que en lo que respecta a las pruebas practicadas, el recurrente aceptó que su vinculación estaba atada a la necesidad que tuviese la sociedad demandada de contar con sus servicios, luego no encuentra este Tribunal que el Juez de primera instancia haya incurrido en algún yerro al concluir la eficacia de los contratos de trabajo a término fijo y por obra o labor contratada, así como sus prórrogas y avisos sobre su finalización, bien sea por el vencimiento del plazo fijo pactado, por la culminación de la actividad contratada o por la renuncia voluntaria que presentó, los cuales surtieron los efectos pretendidos, si se tiene en cuenta que la verdadera intención de las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no era la de continuar con los vínculos laborales, sino, por el contrario, terminarlos, intención esta que estuvo presente y se materializó.

Conforme a lo anterior, es claro que en el presente caso no se dio la existencia de un solo contrato a término indefinido, en la medida que el actor siempre se vinculó a través de sendos contratos de trabajo a término fijo y por obra o labor contratada, en los que se liquidaron las prestaciones sociales y vacaciones, de allí que la Sala deba mantener incólume la decisión que tomó la A quo en tanto que no se equivocó al colegir la inviabilidad de declarar que la modalidad contractual celebrada entre las partes habría sido a través de un solo contrato a término indefinido, como lo fue pedido por aquel.

Por lo dicho, se sigue confirmará en lo que hace a este punto de apelación la sentencia de primer grado.

5. Estabilidad laboral reforzada. En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Estrella International Energy Services Sucursal Colombia actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión Laboral debe recordar, en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361

de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por la demandada, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61, derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 5 de febrero de 2018.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Bajo esa perspectiva, la Corte Constitucional con base en dicha providencia y en pronunciamientos de las diferentes salas de revisión de esa misma Corporación, en sentencia SU-087 de 2022, fijó algunas reglas, aunque no taxativas, que permiten identificar si el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades, así:

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido ¹ . (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral ² . (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico ³ . (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido ⁴ .
Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental ⁵ . (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe

¹ T-703 de 2016, T-386 de 2020, T-052 de 2020, T-099 de 2020 y T-187 de 2021.
² T-589 de 2017.
³ T-284 de 2019.
⁴ T-118 de 2019.
⁵ T-372 de 2012.

	al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad ⁶ .
	(c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL ⁷ .
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0% ⁸ . (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto ⁹ .

Así mismo, la alta corporación de justicia Constitucional en la citada sentencia de unificación estableció que como la garantía de la estabilidad laboral reforzada constituye un medio de protección frente a la discriminación, es necesario que el empleador conozca la situación de salud del trabajador al momento de la terminación de laborío; conocimiento que se acredita en los siguientes casos:

- " 1) La enfermedad presenta síntomas que la hacen notoria.
- 2) El empleador tramita incapacidades médicas del funcionario, quien después del periodo de incapacidad solicita permisos para asistir a citas médicas, y debe cumplir recomendaciones de medicina laboral.
- 3) El accionante es despedido durante un periodo de incapacidad médica de varios días, por una enfermedad que generó la necesidad de asistir a diferentes citas médicas durante la relación laboral.
- 4) El accionante prueba que tuvo un accidente de trabajo durante los últimos meses de la relación, que le generó una serie de incapacidades y la calificación de un porcentaje de PCL antes de la terminación del contrato.
- 5) El empleador decide contratar a una persona con el conocimiento de que tiene una enfermedad diagnosticada, que al momento de la terminación del contrato estaba en tratamiento médico y estuvo incapacitada un mes antes del despido.
- 6) No se le puede imponer al trabajador la carga de soportar las consecuencias de que en razón a un empalme entre una antigua y nueva administración de una empresa no sea posible establecer si esa empresa tenía conocimiento o no del estado de salud del actor. Por tanto, se da prevalencia a las afirmaciones y pruebas del accionante, y no a las de la demandada en la contestación de la tutela.
- 7) Los indicios probatorios evidencian que durante la ejecución del contrato, el trabajador tuvo que acudir en bastantes oportunidades al médico, presentó incapacidades médicas, y en la tutela afirma que le informó de su condición de salud al empleador"¹⁰.

Adicionalmente, debe decirse que en sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de asignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló en ambas providencias que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando**

⁶ T-494 de 2018.
⁷ T-041 de 2019.
⁸ T-116 de 2013.
⁹ T-703 de 2016.
¹⁰ T-434 de 2020. Reiterando las sentencias: T-383 de 2014, T-419 de 2016, T-589 de 2017, T-118 de 2019, T-284 de 2019, T-144 de 2017 y T-040 de 2016.

incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impiden o dificultan ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Posición que no resulta ser contradictoria a la nueva postura que ha sido acogido en el seno de la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria, en su especialidad laboral, entre otras, en la sentencia CSJ SL1152-2023, criterio que fue reiterado en las CSJ SL1154-2023, CSJ SL1181-2023, CSJ SL1184-2023, CSJ SL1259-2023 y CSJ SL1268-2023, en donde se ha señalado lo siguiente:

"En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso".

Más adelante refirió la alta corporación:

"Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral”.

5.1. Caso en concreto. En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el 5 de febrero de 2018, fecha en que la encartada finalizó el contrato de trabajo al demandante su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a las patologías calificadas como de origen laboral por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen núm. 4884545-12649 del 18 de julio de 2019, denominadas bursitis del hombro bilateral y síndrome de manguito rotatorio bilateral y sobre las cuales recibió tratamiento médico desde febrero de 2017, por diferentes especialidades, entre ellas, fisioterapia, salud ocupacional, medicina general, ortopedia y fisiatría, especialidades que ordenaron en múltiples ocasiones analgésicos, terapias físicas y proceso de calificación de origen de patología, tal y como da cuenta el resumen de historia clínica allegada al plenario y que se sintetiza en el mentado dictamen (Expediente digital, PDF01CuadernoPrincipal, págs. 150 a 164).

De hecho, del citado acopio probatorio se logra extraer que las patologías antes relacionadas tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, al punto que la IPS MC Cafi Neiva, a través del especialista en ortopedia, Dr. Roberto Díaz González, expidió recomendaciones médicas y laborales el 16 de diciembre de 2017, que consistieron en calificación de medicina laboral, calificación de enfermedad ocupacional, calificación de puesto de trabajo para reubicación laboral y restricción para levante de objeto pesado. Además, se observa que con posterioridad al desahucio laboral se calificó el origen de otras patologías denominadas bursitis del hombro bilateral y síndrome de manguito rotatorio bilateral, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen núm. 4884545-12649 del 18 de julio de 2019, cuya base científica se cimentó a partir de las evidencias médicas registradas el 16 de diciembre de 2017 (Expediente digital, PDF01CuadernoPrincipal, págs. 101 y 102).

Por último, se allegó dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila del 19 de marzo de 2020, con el que se demuestra que el actor cuenta con una mengua laboral del 22.85% y fecha de estructuración 13 de agosto de 2019, cuyo sustento médico se tomó a partir de los antecedentes médicos de diciembre de 2017.

Así las cosas, los medios probatorios adosados al plenario dan cuenta de la real afectación en su estado de salud, situación que le impedía o dificultaba ejecutar la labor en condiciones regulares o habituales para su oficio, pues no de otra forma se entiende que para dicho momento se encontraba en tratamiento médico dada las patologías que se catalogaron de origen laboral, por las cuales se hallaba en proceso de calificación una vez se alcanzará la mejoría médica máxima; intelección ésta que no puede ser desestimada o echada de menos porque el actor al momento de la finalización del vínculo laboral no tuviera un grado de mengua laboral que le impidiera sustancialmente ejercer su actividad de controlador de calidad, como erradamente lo coligió el Juez de primer grado para desestimar el aludido fuero de salud, pues siguiendo los derroteros expuestos por nuestras altas corporaciones de justicia tanto ordinaria como Constitucional, no es necesario que la condición de discapacidad esté reconocida en un dictamen o que se le identifique de esa manera en un carné, lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, como se expuso en sentencia SL 2797 de 2020.

Todo lo anterior permite concluir:

(i) Las patologías sufridas por el actor le impiden o dificultan ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud y en proceso de calificación del origen de las patologías bursitis del hombro bilateral y síndrome de manguito rotatorio bilateral, lo cual desencadenó a que con posterioridad se determinará una pérdida de capacidad laboral del 22.85%, acotando que si bien tal evaluación del origen, como del porcentaje fue definido con posterioridad al desahucio laboral, las evidencias médicas que llevaron a los calificadores a fijarlo provinieron del historial médico registrado desde el año 2017 (SL3291-2022, que reiteró las sentencias SL711-2021 y SL3846-2021), de allí que es claro que presentaba dificultad al ejecutar su labor; (iii) circunstancia esta que también se corrobora con el historial clínico ocupacional, que informa que aquél mantenía deficiencia en su salud significativa, dado que se anotó en cada una de ellas "APTO CON RESTRICCIONES" (Expediente digital, PDF01CuadernoPrincipal, págs. 55 y s.s.); cuyos exámenes, así como el histórico médico del promotor del proceso era de conocimiento de la pasiva, aspecto que cumple precisar no fue un hecho desconocido por ésta en la contestación de la demanda, máxime cuando es el representante legal de la encartada, quien informa que al demandante se le hacían los exámenes médicos ocupacionales a través del médico de la compañía, lo que descarta cualquier manifestación frente a la falta de conocimiento de las patologías del accionante, en tanto que de cara a lo dispuesto en el artículo 3° de la Resolución 2346 de 2007, aquellas hacen parte del programa de salud ocupacional, de los sistemas de gestión que desarrolle el empleador como parte de la promoción de la salud de los trabajadores y de los mecanismos de prevención y control de alteraciones de salud, mismas que deben realizarse en forma obligatoria de por parte de los empleadores; (iv) precisando que no existe manifestación alguna del actor en el interrogatorio de parte tendiente a descartar el conocimiento de la encartada frente a sus patologías, pues contrario a lo señalado por el fallador de primer grado, este adujo en esa oportunidad que puso en conocimiento sus patologías desde diciembre de 2017, aspecto que se ratifica con el derecho de petición elevado el 22 de enero de 2018 y su respuesta calendada 14 de febrero del mismo año, misma en la que se refiere "*nos permitimos manifestarle que anexo al presente documento se allega la información correspondiente a (...) 2. Copia de historias clínicas de atención, que incluye anexos paraclínicos, seguimientos y conceptos a través de 79 folios en medio físico.*"

De lo hasta aquí analizado y sin necesidad de acudir a otro medio probatorio, es posible deducir que las labores otrora desempeñadas por el actor sí se vieron afectadas por su patología, cuyo conocimiento era del empleador y en esa medida razón le asiste a la censura cuando endilga la existencia de un desatino en la sentencia primigenia al dejar sentado que no se encontraba amparado por la prerrogativa constitucional y legal de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud.

Lo anterior, en tanto que no existe circunstancia alguna que permita justificar que la terminación del contrato no se produjo con ocasión del estado de salud del actor, pues Estrella International Energy Services Sucursal Colombia no logró desvirtuar la presunción del despido discriminatorio, dado que, aunque argumentó que su decisión estaba basada en una razón legal, consistente en la finalización de la obra para la que fue contratado, lo cierto es que las pruebas aportadas no acreditan, con la suficiencia requerida, la culminación del "*SERVICIO DE PERFORACIÓN DEL POZO LA YUCA 278, CON EL EQUIPO E-1225, EN EL DEPARTAMENTO DE ARAUCA EN EL CAMPO CAÑO LIMÓN, SEGÚN WORK ORDER NO. CA-3734 SUSCRITO ENTRE ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA Y OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC.*", para las que fue vinculado.

Se arriba a esta conclusión, luego de advertir que el fallador de primer grado incurrió en un error al no apreciar la documental que reposa en págs. 247 a 249 del PDF Prueba 1-

Contratos y otros, contentiva de contrato de trabajo celebrado entre las partes, el cual deja en evidencia que la labor u obra contratada se circunscribe a la perforación del pozo La Yuca 278, con el equipo E-1225, según orden de servicio No. 3734 suscrito con Occidental de Colombia LLC, por lo que, la demandada sólo quedaba legitimada para finiquitar de modo legal el contrato, conforme al literal d) del art 61 del C.S.T., acreditando la terminación de la obra o labor o la finalización del convenio de naturaleza comercial al que estaba supeditado el nexo laboral, probanza que brilla por su ausencia en la presente Litis.

Este aspecto tiene gran trascendencia en el asunto, toda vez que, aunque el caudal probatorio da cuenta que su finalización correspondió a una decisión unilateral del empleador que se justificó en lo definido en la citada disposición legal, como lo advirtió el juez de primer grado, lo cierto es que, esa determinación no resulta acorde a las labores desempeñadas por el actor, circunscritas al contrato civil No. 3734 suscrito con Occidental de Colombia LLC y no al núm. 61000036147 que se hizo referencia en la certificación que expidió ésta última el 2 de septiembre de 2019, mediante el cual expone que el último vínculo contractual celebrado con la encartada tuvo como fecha de inicio 5 de octubre de 2017 y como final 15 de noviembre del mismo año.

En tal escenario, no puede, entonces, entenderse que la finalización del laborío por parte del empleador fue soportada en una razón objetiva, pues es claro que debían descartarse las documentales en las que se apoyó el cognoscente de primer grado para establecer que el empleador desvirtuó la presunción de despido discriminatorio que deviene de las limitaciones del actor, ya que ninguna demuestra que la finalización del vínculo laboral obedeciera a la liquidación de la obra en virtud de la cual se le contrató al actor.

Ahora, sí la Sala pasará por alto ese aspecto y diera por sentado que el contrato por duración de la obra o labor determinada terminó por la culminación de la obra convenida, esto es bajo una causal legal, la conclusión no sería distinta, pues de cara a las afectaciones en la salud del trabajador, mismas que eran conocidas por el empleador y que sin dubitación alguna incidieron en su desempeño laboral, la encartada tenía la obligación de poner en conocimiento de la autoridad administrativa competente, que las causas y necesidades del empleador que llevaron a la contratación de aquel no subsistieron, y además que existía imposibilidad física y material para reubicar al actor en otro cargo, para efectos de que aquella autorizará el finiquito del vínculo laboral, por manera que, ante tal omisión, se impone presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba al señor Trujillo Motta.

No se puede desatender la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, en la que se ha dejado sentado que la causal para dar por terminado el contrato de trabajo por culminación de la obra o labor contratada no es una razón suficiente para finiquitar el vínculo laboral cuando se trata de aquellas personas que se encuentran aforadas bajo la estabilidad laboral reforzada. A propósito de lo discernido, en sentencia T-344 de 2016 se dijo al respecto:

"El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo establece que la relación laboral culminará "por terminación de la obra o labor contratada". No obstante, la Corte Constitucional ha reiterado que cuando se esté ante un sujeto de especial protección constitucional, el empleador no puede alegar como causal de terminación del contrato, el término pactado o la culminación de la obra o labor por la cual fue vinculado, pues la facultad que tienen las partes y en especial los patronos de optar por una modalidad contractual que permita limitar el tiempo de los contratos, se ve delimitada por las normas constitucionales que tutelan el derecho a la estabilidad laboral reforzada, para aquellos grupos de especiales condiciones."^[18]

Lo anterior, tiene como fundamento la protección al derecho a la estabilidad laboral reforzada, como parte integral del derecho constitucional al trabajo y las garantías que se desprenden de este,^[19] con el que se pretende erradicar cualquier forma de discriminación, por razones físicas o fisiológicas. (...)

En conclusión, la estabilidad laboral reforzada se predica de todo contrato. En este sentido, la causal legal que se origina de los contratos a término fijo o de obra o labor contratada, como es el vencimiento del plazo pactado o la culminación de la obra, no es razón suficiente para terminar la relación laboral cuando el trabajador se encuentra en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual, deberá el empleador previo a la terminación del contrato, solicitar la autorización al Ministerio de Trabajo, como lo estipula el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, so pena de pagar al empleado una indemnización equivalente a 180 días del salario."

Y, en las sentencias T-263 de 2009, T-386 de 2020 y T-035 de 2022, se consideró que:

"cuando la relación laboral depende de un contrato de trabajo a término fijo o de obra o labor contratada, el vencimiento del término de dicho contrato o la culminación de la obra, no significan necesariamente una justa causa para su terminación¹¹. De este modo, en todos aquellos casos en que (i) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral y (ii) se tenga que el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones, el trabajador tiene el derecho de conservar su trabajo aunque el término del contrato haya expirado o la labor haya finiquitado¹²."

Bajo el anterior criterio jurisprudencial es claro el desacierto en que incurrió el sentenciador de primer grado al colegir que existía una razón objetiva en el finiquito laboral, máxime cuando la labor de supervisor de mantenimiento, cuyas funciones radican principalmente en movilización, arme de equipo y servicio de perforación, mantenimiento y reacondicionamiento de pozos de hidrocarburos, son afines al objeto empresarial conforme da cuenta el certificado de existencia y representación legal adosado al plenario, lo que deja en evidencia que no existía imposibilidad física y material para reubicar al actor en otro cargo.

Conforme a lo expuesto, corresponde revocar la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer se restituya al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo, para lo cual resulta indispensable el consecuente reintegro del trabajador al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud.

En esa medida, sigue condenar a la demandada al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral dejados de percibir desde su vinculación y hasta el momento en que se produzca su reintegro. Así mismo, se ordenará el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, la cual, seguidamente se liquidará y previo al estudio de la excepción de prescripción que propuso la encartada.

Por todo lo anterior, habrá de revocarse en su integridad la sentencia de primer grado.

6. Excepción de prescripción. El artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

¹¹ Sentencia T-1083 de 2007.

¹² Sentencia C-016 de 1998.

En el caso de marras la Sala observa que los efectos definitivos del reintegro que reclama el demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es decir, 5 de febrero de 2018 y como quiera que la demanda fue interpuesta el 31 de octubre de 2019, conforme da cuenta acta de reparto con secuencia núm. 25112, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada.

7. Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997). En relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta procede por el solo hecho de habersele terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago "*sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren*".

En ese sentido, basta con traer colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.^[95] De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes." (SU-049 de 2017)

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de **\$27.482.400**, teniendo como salario el indicado en la liquidación final de prestaciones sociales por la demandada efectuada 16 de febrero de 2018, esto es, **\$4.580.400**.

8. Indexación. Los valores hasta aquí ordenados deberán ser indexados desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, esto es, teniendo como IPC inicial el 6 de febrero de 2018 y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

9. Excepción de compensación. En el caso de autos procede el reintegro, lo que implica el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el trabajador durante el lapso en que estuvo cesante, lo cual incluye, el pago de los aportes al sistema de seguridad social dejados de realizar y de las vacaciones, lo que impone a su vez al actor la devolución de las sumas que recibió al momento del finiquito (SL-6389-2016). Bajo esa perspectiva, se **AUTORIZARÁ** a la demandada a compensar las sumas pagadas al señor **ORLANDO TRUJILLO MOTTA** por concepto de liquidación definitiva recibida al momento de la finalización del laborío.

10. Responsabilidad subjetiva del empleador. Es menester precisar que el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que cuando exista **culpa suficientemente demostrada** por parte del empleador en la ocurrencia del accidente

de trabajo o enfermedad profesional, debe responder por la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Con el fin de establecer si existe culpa del empleador en cualquier infortunio ocurrido en el marco de un contrato de trabajo, se debe comprobar más allá de cualquier duda razonable, que sus acciones u omisiones incidieron en el resultado que debió evitarse. En esa medida se exige demostrar en este tipo de procesos cuando el trabajador es el demandante, además, de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo o enfermedad laboral, la culpa suficientemente comprobada del empleador y la plena incidencia de esta inobservancia en la ocurrencia del siniestro, atendiendo la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización y, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió.

Lo anterior, significa que quien demanda la indemnización plena de perjuicios del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, requiere demostrar tres elementos: (i) la ocurrencia del siniestro o daño; (ii) la culpa del empleador y (iii) el nexo de causalidad entre la función desempeñada y el accidente de trabajo (SL1679 – 2019).

Descendiendo al caso, se dice que la responsabilidad subjetiva del empleador acaeció porque el área de medicina laboral de la sociedad demandada, para el mes de febrero de 2017, no atendió ni reportó a la Administradora de Riesgos Laborales el intenso dolor que sintió en su hombro efectuando sus actividades laborales, pese a que tal situación la comunicó a éste; de ahí que debe analizar la Sala si existe prueba que sustente tal afirmación, para poder establecer posteriormente, si por causa de la falta de reporte de la enfermedad a la ARL según lo contemplado en el artículo 62 del Decreto Ley 1295 de 1994 se generaron los distintos perjuicios reclamados en la demanda.

Con base en las circunstancias fácticas, evidencia el Tribunal que, obra historia médica del 16 de diciembre de 2017, por medio de la cual el especialista registra como motivo de consulta “*dolor de los hombros desde hace 10 meses al levantar bomba el derecho y 2 meses el izquierdo por caída de la cama. Refiere trauma durante el trabajo (...)*”, quien ordenó calificación de medicina laboral, de enfermedad ocupacional, de puesto de trabajo para reubicación y para levante de objeto pesado, lo cual conllevó a un telar de trámites entre la calificación del origen de la enfermedad realizada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y la determinación de la mengua laboral efectuada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila, misma que estableció el grado de invalidez como presupuesto para adquirir la indemnización por incapacidad permanente parcial. Empero, para la Sala aquellos legajos en nada denotan y tampoco tienen la suficiente virtud para encausar y probar la negligencia que acusa el demandante al empleador, lo que rompe de plano los elementos estructurales de la responsabilidad que se demanda.

Así se afirma en tanto que, si bien la seguridad social en riesgos laborales está en el plano de los derechos fundamentales, cuyo marco general de regulación se encuentra, entre otras, en la Ley 100 de 1993, Decreto Ley 1295 de 1994, Ley 776 de 2002 y Ley 1562 de 2012, preceptivas que consagran los principios que la rigen, obligaciones, coberturas y derechos que emanan no sólo de la relación afiliado-entidad, sino, además, trabajador-empleador, entre lo cual se encuentra, la obligación de reportar accidente de trabajo o enfermedad laboral que ocurra en la empresa, lo cierto es que los medios de convicción no prueban en nada el actuar doloso o culpable de la sociedad accionada en la omisión que se le atribuye, pues solo se tiene el dicho del demandante que no puede ser suficiente para probar tal circunstancia, pues cumple recordar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella. Máxime cuando tampoco puede la Sala extraer de la declaración efectuada por el representante legal de la encartada una confesión pura y simple en tanto que no se observa que le produzca

consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria; de hecho, ninguna manifestación efectuó tendiente al conocimiento del suceso en su salud que adujo el accionante aconteció para el mes de febrero de 2017.

En tal sentido, no se demuestra que el proceder del empleador se haya ajustado en un accionar negligente o descuidado, pues con las pruebas documentales, contrario a lo que se pretendió, demuestran que fueron prestados los servicios del orden asistencial requeridos desde el mes de diciembre de 2017, lo que descarta cualquier conocimiento frente a los quebrantos de salud que considera tuvo con anterioridad a dicha calenda. De tal suerte, si lo que pretendía el actor era probar que la convocada a juicio atentó con las obligaciones legales que tenía para con su trabajador, debió allegar los elementos persuasivos que dieran cuenta de la existencia de un actuar reprochable e injustificable en lo que hace a la omisión de reportar la enfermedad laboral ante la administradora de riesgos laborales, siendo precisamente lo que en este asunto en comento brilla por su ausencia.

No sobra precisar que la carga de la prueba, en términos del artículo 167 de C.G.P., recaía en la parte activa quien debía demostrar la responsabilidad que demanda, situación que no se entrevé en el presente asunto, ya que no se logró probar el menoscabo o detrimento del interés jurídico, es decir, la irrogación del perjuicio o daño, tampoco la conducta reprochable del empleador, lo que supone que al no estructurarse uno o más de los dos presupuestos, es decir, el daño y/o culpa, tampoco sería posible predicar un nexo de causalidad que permita afirmar que fue el actuar culposo la causa adecuada del daño cuya indemnización pretende.

Lo anterior por cuanto a que debe recordarse que el daño debe ser cierto y susceptible de identificarse, que afecte el patrimonio del demandante y que este tenga su fuente inmediata en el hecho antijurídico o un obrar negligente. Aspectos que no se pueden colegir del interrogatorio de parte efectuado al representante legal, contrario a lo dicho por la apelante, aquel en nada dice ni mucho menos es soporte sobre tal situación. Razones más que suficientes para confirmar en este punto la sentencia confutada.

11. Costas. En ambas instancias a cargo de Estrella International Energy Services Sucursal Colombia y a favor del demandante, de conformidad con el artículo 365 del C.G.P.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral 1º de la sentencia proferida el 31 de marzo de 2023, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral, por lo que debe proceder a reintegrar al trabajador al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a **ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA** al reintegro de **ORLANDO TRUJILLO MOTTA**, sin solución de continuidad, a un cargo de igual o superior categoría, conforme sus

condiciones de salud y a **cancelarle** los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, dejadas de percibir entre 5 de febrero de 2018 y el momento del reintegro efectivo al cargo. Sumas que deberá cancelar debidamente indexadas de conformidad con los criterios expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: CONDENAR a **ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA** a pagar a **ORLANDO TRUJILLO MOTTA** la suma de **\$27.482.400** por concepto de indemnización consagrada en el 26 de la Ley 361 de 1997, que deberá cancelar debidamente **indexada**.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de **compensación** propuesta oportunamente por la parte demandada y, por ende, autorizarla a descontar de las condenas aquí impuestas el valor de **\$3.257.828** devengado por el actor por concepto de liquidación definitiva. Las demás excepciones se declaran no probadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: REVOCAR el ordinal 3° de la sentencia confutada, para en su lugar **CONDENAR** en costas en ambas instancias a la parte demandada. Las de primera tásense por el A quo.

SEXTO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia apelada.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



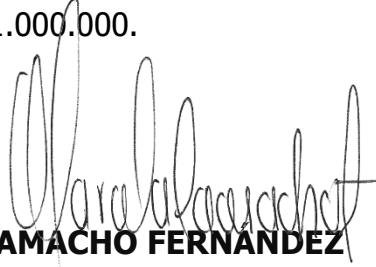
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
Aclara Voto

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **ORLANDO TRUJILLO MOTTA** y a cargo de **ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA** en la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JHON ISMAEL HERNÁNDEZ GARCÍA
Demandada: GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A.
Radicado No.: 36-2021-00391-01
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- APELACIÓN DE SENTENCIA- REVOCA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jhon Ismael Hernández García, instauró demanda ordinaria contra General Motors Colmotores S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que finalizó de manera unilateral y sin justa causa por el empleador. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el reintegro sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando, junto con el pago de salarios, prima de servicios y vacaciones, cesantías y sus intereses, beneficios extralegales tales como bonos, aumentos de salario, indemnización por despido sin justa causa, auxilios, prima semestral y de antigüedad y beca para hijos, aportes al sistema de seguridad social en pensiones y salud, indemnización consagrada en la Ley 361 de 1997, indexación, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró para la encartada desde 4 de julio de 2000, mediante un contrato de trabajo a término fijo, el que con posterioridad varió a indefinido, mismo que finalizó el 25 de agosto de 2015 de manera unilateral y sin justa causa por el empleador. Refirió que desempeñó funciones de operario manejo de materiales II, controlador de calidad CKD y controlador de procesos de producción, además, que en vigencia de la relación laboral le fue diagnosticado por los médicos tratantes lumbago, dolor lumbar L3-L4, L4-L5, síndrome del túnel del carpo bilateral, venas varicosas de los miembros inferiores, epicondilitis lateral derecha, epicondilitis medial derecha y otras sinovitis y tenosinovitis (Flexores y extensores del carpo), estas tres últimas calificadas por Junta Regional de Calificación de Invalidez el 11 de enero de 2019.

Explicó que le fueron emitidas recomendaciones médicas laborales, además, que con ocasión a sus enfermedades fue incapacitado en varias oportunidades y programadas terapias físicas y de rehabilitación por parte de la EPS, del Departamento de Salud Ocupacional de su empleador y de la Cruz Roja Colombiana IPS Colmotores, que funciona en las instalaciones de la sociedad demandada, misma que no pidió permiso ante el Ministerio de Trabajo para despedirlo en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. (Expediente electrónico, PDF 10Demandasubsanada).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descender el término de traslado la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, aduciendo que el contrato de trabajo que unió a las partes estuvo vigente entre el 4 de julio de 2000 y el 25 de agosto de 2015, fecha en la cual finalizó sin justa causa, reconociendo la suma de \$53.101.000. Refirió que no existe prueba alguna que acredite que el demandante es beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada y por el contrario adujo que durante la vigencia del laborío siempre estuvo apto para desarrollar sus funciones, sin que haya estado reubicado o presentara restricción médica alguna que afectara el normal desarrollo de sus funciones. Precisó que de conformidad con lo contemplado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la prohibición allí prevista se refiere a la terminación de los contratos de trabajo que tienen como origen una situación de discapacidad o limitación del trabajador, circunstancias que no se cumplen en el presente asunto.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1º, 2º, 3º y 30º relacionados con la fecha de iniciación del contrato de trabajo, modalidad contractual, cargo desempeñado y el pago de prestaciones sociales. En lo que hace a lo demás no le constó o dijo no ser ciertos. En su defensa formuló la excepción previa de incapacidad o indebida representación y como de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, mala fe del demandante, prescripción, alcance de la Ley 361 de 1997, inexistencia del nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de salud del actor, improcedencia e imposibilidad del reintegro, causal objetiva para la terminación del contrato de trabajo y genérica. (Expediente electrónico, PDF 21Subsanacióncontestación).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de julio de 2023, en la que la falladora declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido y, en tal virtud, absolvió a la encartada de todas y cada una las pretensiones incoadas en su contra, gravando en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar, si el actor es beneficiario de la estabilidad laboral por fuero de salud al momento en que se produjo el despido y si como consecuencia le asiste derecho al reintegro y reconocimiento y, pago de acreencias laborales solicitadas en el libelo incoatorio. A ese propósito, lo primero que advirtió fue la falta de discrepancia en torno a la existencia del contrato de trabajo celebrado entre Jhon Ismael Hernández García y General Motors Colmotores S.A., sus extremos, modalidad contractual, cargo desempeñado y salario, como tampoco que el vínculo feneció por decisión unilateral y sin justa causa del empleador.

Al hacer alusión a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y a la sentencia SL1152-2023 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se adentra al análisis de los medios probatorios para significar que para 25 de agosto de 2015, fecha en que culminó el vínculo laboral, el actor presentaba diversos diagnósticos por patologías osteomusculares de tendinitis y túnel del carpo, incluso un día antes del finiquito del laborío se le ordenó electromiografía y terapia por fisioterapia; sin embargo, dijo que no cualquier tipo de enfermedad permite que el trabajador goce de estabilidad laboral reforzada, pues se debe acreditar que la misma comporte una deficiencia física, mental o sensorial, limitación o discapacidad de mediano o largo plazo y que esta le generaba barreras que le impedía el desarrollo sus actividades normalmente siendo ello de conocimiento del empleador.

Bajo ese norte, refirió que es el demandante quien confiesa que durante el último año no tenía recomendación médica ni incapacidades, lo cual ratifica lo manifestado por la encartada y los testigos recibidos en juicio y si bien se dijo que usaba calzado distinto a

los demás compañeros, lo cierto es que no existía prueba de ello, al punto que no evidenciaba restricciones médicas en la historia clínica. Explicó que el objeto de la norma es evitar despidos discriminatorios por razones de salud, hecho que debe ser conocido por el empleador; sin embargo, no evidenció que en labor efectuada por el gestor de la litis realizará movimientos repetitivos con sus manos o cualquier otra labor que de acuerdo con sus patologías no pudiera efectuarla normalmente.

Luego de revisar los hallazgos médicos del actor, dijo que se corrobora un seguimiento médico por el servicio de salud ocupacional y dos recomendaciones laborales, sin que estas últimas hubieran sido de conocimiento del empleador, mismas que no permitían ratificar que las labores del actor no se desarrollaran de forma normal. A lo anterior sumó que la calificación de pérdida de capacidad aquél se generó 10 de enero de 2017, esto es, un año posterior al fenecimiento del laborío; posteriormente hubo calificación de mengua laboral proferida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá del 11 de enero de 2019, modificando el origen a laboral, la cual fue confirmada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; por último, dijo que obra dictamen de pérdida de capacidad laboral efectuado por la ARL Sura del 17 de enero de 2020, estableciendo como fecha de estructuración 22 de enero de 2020, esto es, luego del finiquito laboral.

Conforme a lo anterior, estimó la improcedencia del fuero reclamado por el promotor del proceso, aduciendo que no es suficiente con que un trabajador padezca de enfermedad, sino que debe probar que en efecto no le permite desarrollar sus funciones de manera normal, aspecto que en este asunto no encuentra demostración en los términos del artículo 167 del C.G.P., pues en el registro médico no registra recomendación o restricciones médicas algunas, lo que imponía que debía absolver de las pretensiones de la demanda.

(Expediente digital, audios 24Audencia20221116 y 24Audencia20221116).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que, para la época del despido, esto es, 25 de agosto de 2015, el trabajador presentaba patologías de tipo osteomuscular y en miembros superiores, a quien le fueron expedidas recomendaciones laborales, las cuales se encuentran descritas en los exámenes periódicos emitidos por Cruz Roja Colombiana, IPS que mantiene convenio con la sociedad demandada, para ese fin. Dijo que allí aparecen además los diagnósticos médicos sufridos por el actor, por lo tanto, para la data del despido mantenía recomendaciones médicas laborales, las cuales eran de conocimiento del empleador.

Aludió a que el empleador una vez tuvo conocimiento del último examen periódico emitido por Cruz Roja Colombiana despidió al trabajador, conducta que es reiterativa de General Motors Colmotores S.A., tan es así que la Corte Constitucional en sentencia T-237 de 2021 ordenó el reintegro de 20 compañeros de trabajo que presentaron las mismas patologías, excepto el diagnóstico de vena varice. Precisó que es equivocado sostener que hubo confesión cuando el promotor del proceso señaló que no tenía recomendaciones laborales, en la medida que tal manifestación no recae sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba en los términos del artículo 191 del C.G.P.

Explicó que el único medio probatorio para ese fin lo es la prueba documental, misma que se encuentra en el expediente y que da cuenta que si tenía recomendaciones laborales al momento en que ocurrió el despido sin justa causa. Adujo que puso en conocimiento al empleador las diferentes enfermedades que padece mediante escrito radicado el 25 de agosto de 2015, situación indiscutida dentro del proceso, además, ultimó diciendo que en el presente asunto se cumplen con el precedente jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, pues existe deficiencia en su estado

de salud que genera una limitación, prueba de ello es el dictamen de calificación del origen de las enfermedades y de pérdida de capacidad laboral, los cuales si bien tienen una fecha posterior a la data del despido, lo cierto es que éste refleja las condiciones reales de las enfermedades que adquirió en vigencia del laborío. (Expediente electrónico, audios 36Fallo).

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que en virtud de lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1360 de 2018, en el caso que nos ocupa, el actor reúne los requisitos para que el despido del trabajador sea declarado ineficaz, ya que el despido no fue soportado sobre una justa causa legal legítima, y a su vez, en juicio se pudo probar su situación de discapacidad, lo que indica que este fue motivado en razones discriminatorias por su condición de salud.

5.2. Demandada. En su escrito de alegaciones señaló que la terminación del contrato de trabajo del actor no tuvo relación causal alguna con la enfermedad que alega padecer, y recalca que la historia clínica ocupacional del demandante goza de confidencialidad por estar sometida a reserva profesional. Dijo que para la finalización del vínculo laboral no requería autorización del Ministerio de Trabajo, toda vez que al actor no se le había sido dictaminado porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, ni se encontraba incapacitado, discapacitado o con recomendaciones médicas conocidas por la empresa, por lo que fue siempre apto para la prestación de sus servicios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?; en caso positivo, ¿Tiene derecho al pago de salarios y demás acreencias laborales solicitadas en el escrito introductor?

3. Relación laboral. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, tampoco la labor de controlador de calidad que desempeñó al momento de terminación del laborío, ni su modalidad o duración; hechos que no fueron recurridos por las partes, se aceptaron en la contestación de la demanda y además, se pueden corroborar con el contrato de trabajo, certificación laboral, carta de terminación con justa causa y liquidación final de prestaciones sociales que fueron allegados al cartapacio. (Expediente electrónico, PDF 18Pruebascontestación).

4. Estabilidad laboral reforzada. En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si General Motors Colmotores S.A. actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión Laboral debe recordar, en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por la Juzgadora de primer grado y demandada, no puede acudir a estas

escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61, derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 25 de agosto de 2015.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Bajo esa perspectiva, la Corte Constitucional con base en dicha providencia y en pronunciamientos de las diferentes salas de revisión de esa misma Corporación, en sentencia SU-087 de 2022, fija algunas reglas, aunque no taxativas, que permiten identificar si el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades, así:

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido ¹ . (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral ² . (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico ³ . (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido ⁴ .
Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental ⁵ . (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad ⁶ .

¹ T-703 de 2016, T-386 de 2020, T-052 de 2020, T-099 de 2020 y T-187 de 2021.
² T-589 de 2017.
³ T-284 de 2019.
⁴ T-118 de 2019.
⁵ T-372 de 2012.
⁶ T-494 de 2018.

	(c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL ⁷ .
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0% ⁸ . (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto ⁹ .

Así mismo, la alta corporación en la citada sentencia de unificación estableció que como la garantía de la estabilidad laboral reforzada constituye un medio de protección frente a la discriminación, es necesario que el empleador conozca la situación de salud del trabajador al momento de la terminación de laborío; conocimiento que se acredita en los siguientes casos:

- “ 1) La enfermedad presenta síntomas que la hacen notoria.*
- 2) El empleador tramita incapacidades médicas del funcionario, quien después del periodo de incapacidad solicita permisos para asistir a citas médicas, y debe cumplir recomendaciones de medicina laboral.*
- 3) El accionante es despedido durante un periodo de incapacidad médica de varios días, por una enfermedad que generó la necesidad de asistir a diferentes citas médicas durante la relación laboral.*
- 4) El accionante prueba que tuvo un accidente de trabajo durante los últimos meses de la relación, que le generó una serie de incapacidades y la calificación de un porcentaje de PCL antes de la terminación del contrato.*
- 5) El empleador decide contratar a una persona con el conocimiento de que tiene una enfermedad diagnosticada, que al momento de la terminación del contrato estaba en tratamiento médico y estuvo incapacitada un mes antes del despido.*
- 6) No se le puede imponer al trabajador la carga de soportar las consecuencias de que en razón a un empalme entre una antigua y nueva administración de una empresa no sea posible establecer si esa empresa tenía conocimiento o no del estado de salud del actor. Por tanto, se da prevalencia a las afirmaciones y pruebas del accionante, y no a las de la demandada en la contestación de la tutela.*
- 7) Los indicios probatorios evidencian que durante la ejecución del contrato, el trabajador tuvo que acudir en bastantes oportunidades al médico, presentó incapacidades médicas, y en la tutela afirma que le informó de su condición de salud al empleador”¹⁰.*

Adicionalmente, debe decirse que en sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de asignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló en ambas providencias que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

⁷ T-041 de 2019.
⁸ T-116 de 2013.
⁹ T-703 de 2016.
¹⁰ T-434 de 2020. Reiterando las sentencias: T-383 de 2014, T-419 de 2016, T-589 de 2017, T-118 de 2019, T-284 de 2019, T-144 de 2017 y T-040 de 2016.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Sala que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Posición que no resulta ser contradictoria a la nueva postura que ha sido acogido en el seno de la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria, en su especialidad laboral, entre otras, en la sentencia CSJ SL1152-2023, criterio que fue reiterado en las CSJ SL1154-2023, CSJ SL1181-2023, CSJ SL1184-2023, CSJ SL1259-2023 y CSJ SL1268-2023, en donde se ha señalado lo siguiente:

"En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso".

Más adelante refirió la alta corporación:

"Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral”.

4.1. Caso en concreto. En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el 25 de agosto de 2015, fecha en que la encartada finalizó el contrato de trabajo al demandante sin justa causa, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a las patologías calificadas como de origen laboral por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen núm. 93387252 del 7 de noviembre de 2019, denominadas síndrome del túnel carpiano bilateral, epicondilitis media derecha, epicondilitis lateral derecha y otras sinovitis y tenosinovitis (flexores y extensores del carpo bilateral) y sobre las cuales recibió tratamiento médico desde el año 2014, por diferentes especialidades, entre ellas, fisioterapia, salud ocupacional, medicina general, ortopedia y fisiatría, especialidades que ordenaron en múltiples ocasiones analgésicos, terapias físicas y procesos de calificación de origen de patologías y mengua laboral, tal y como da cuenta el resumen de historia clínica allegada al plenario y que se sintetiza en el mentado dictamen. (Expediente electrónico, PDF 06Prueba).

De hecho, del citado acopio probatorio se logra extraer que las patologías antes relacionadas tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, al punto que la encartada, a través de salud ocupacional – Cruz Roja Colombiana Seccional Cundinamarca y Bogotá, expidió recomendaciones médicas y laborales los días 15 y 19 de septiembre de 2014, 16 de abril y 24 de agosto de 2015, que consistieron en dar continuidad al tratamiento médico en EPS, así mismo, terapia ocupacional y “*programa de vigilancia de riesgo ergonómico, elementos ergonómicos en puesto de trabajo, pausas activas cada 2 horas, personal: valoración por ortopedia y fisiatría con pruebas complementarias en la EPS para rehabilitación y manejo, ejercicio de fortalecimiento muscular, programa de vigilancia epidemiológica cardiovascular estipulado por la empresa (SIC), control de peso por nutrición con dieta hipocalórica, vigilancia médica en la EPS de laboratorios de acuerdo al programa de prevención, ejercicio 3 veces a la semana por 1 hora (...). ONTROL (SIC) médico preventivo en la EPS para valoración por cirugía vascular para manejo y formulación de medias antivarices para uso permanentes dentro de la jornada laboral. Evaluar el calzado de seguridad por la enfermedad varicosa valoración por otorrinolaringología en la EPS con pruebas audiológicas completas anual (...) puede continuar con su cargo con las recomendaciones del médico traante (SIC).*”

Además, se observa que con posterioridad al desahucio laboral se calificó el origen de otras patologías denominadas síndrome del túnel carpiano bilateral, epicondilitis media derecha, epicondilitis lateral derecha y otras sinovitis y tenosinovitis (flexores y extensores del carpo bilateral), por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen núm. 93387252 del 7 de noviembre de 2019, cuya base científica se cimentó a partir de las evidencias médicas registradas el 28 de mayo de 2015. Por último, se allegó dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por ARL Sura del 27 de enero de 2020, con el que se demuestra que el actor cuenta con una mengua laboral del 15.45% y fecha de estructuración 22 de enero de 2020, cuyo sustento médico se tomó a partir de los antecedentes médicos que iniciaron en el año 2013.

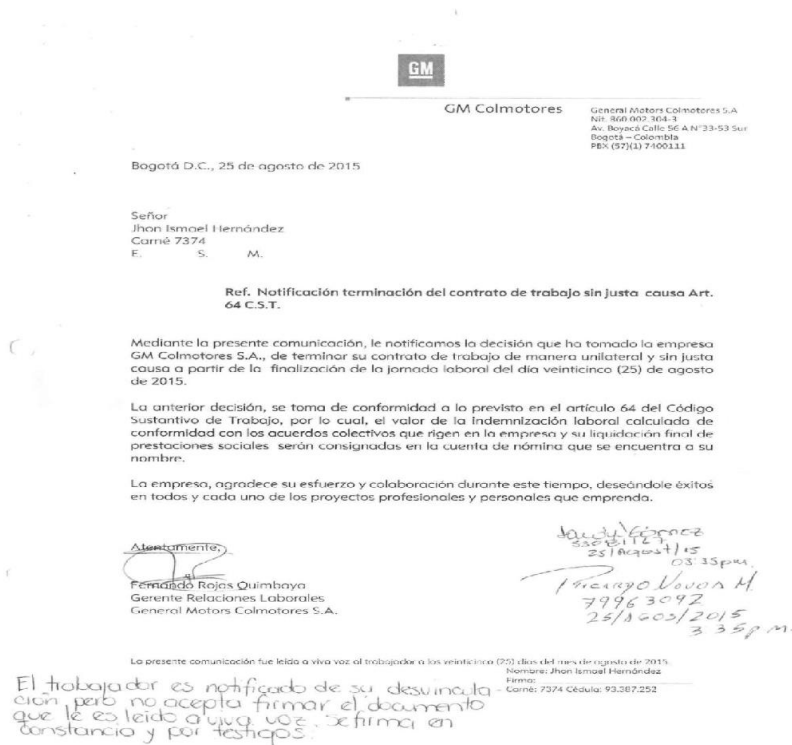
Así las cosas, los medios probatorios adosados al plenario dan cuenta de la real afectación en su estado de salud, situación que le impedía o dificultaba ejecutar la labor en condiciones regulares o habituales para su oficio, pues no de otra forma se entiende que para dicho momento se encontraba en tratamiento médico dada las patologías que se catalogaron de origen laboral, por las cuales sería sometido a proceso de calificación una vez se alcanzará la mejoría médica máxima; intelección ésta que no puede ser desestimada o echada de menos porque el actor al momento de la finalización del vínculo

laboral no tenía un grado de mengua laboral que le impidiera sustancialmente ejercer su actividad de controlador de calidad, como erradamente lo coligió la Juez de primer grado para desestimar el aludido fuero de salud, pues siguiendo los derroteros actuales de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia y de nuestra máxima Corporación de Justicia Constitucional, no es necesario que la condición de discapacidad esté reconocida en un dictamen o que se le identifique de esa manera en un carné, lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, como se expuso en sentencia SL 2797 de 2020.

Todo lo anterior permite concluir:

(i) Las patologías sufridas por el actor le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud y en proceso de calificación del origen de las patologías síndrome del túnel carpiano bilateral, epicondilitis media derecha, epicondilitis lateral derecha y otras sinovitis y tenosinovitis (flexores y extensores del carpo bilateral), lo cual desencadenó que más adelante se determinará una pérdida de capacidad laboral del 15.45%, acotando que si bien tal evaluación del origen, como del porcentaje fue definido con posterioridad al desahucio laboral, las evidencias médicas que llevaron a los calificadores a fijarlo provinieron del historial médico registrado desde el año 2014 (SL3291-2022, que reiteró las sentencias SL711-2021 y SL3846-2021), de allí que es claro que presentaba dificultad al ejecutar su labor; (iii) circunstancia esta que también se corrobora con el historial clínico ocupacional del 15 y 19 de septiembre de 2014, 16 de abril y 24 de agosto de 2015, cuyos exámenes, así como el histórico médico del promotor del proceso era de conocimiento de la demandada, aspecto que cumple precisar no fue un hecho desconocido por ésta en la contestación de la demanda, máxime cuando es el representante legal de la encartada, Fernando Rojas Quimbaya, quien informa que la IPS Cruz Roja Colombiana Seccional Cundinamarca y Bogotá, eran quienes hacían los exámenes médicos ocupacionales al interior de la compañía, lo que descarta cualquier manifestación frente a la falta de conocimiento de las patologías del accionante, en tanto que de cara a lo dispuesto en el artículo 3° de la Resolución 2346 de 2007, aquellas hacen parte del programa de salud ocupacional, de los sistemas de gestión que desarrolle el empleador como parte de la promoción de la salud de los trabajadores y de los mecanismos de prevención y control de alteraciones de salud, mismas que deben realizarse en forma obligatoria de por parte de los empleadores; (iv) precisando que aunque aquel en interrogatorio de parte adujo la inexistencia de restricción médica al momento en que finiquitó el laborío, lo cierto es que los demás medios de convicción allegados al plenario dan cuenta de que presentaba deficiencias en su salud significativas que aumentaron con el transcurrir del tiempo y que llevaron a definir un porcentaje de pérdida en su mengua laboral; (v) por manera que el problema de salud por parte del trabajador determinó la finalización de su vinculación contractual, o pues así ha de presumirse en razón a que la demandada en ningún momento desvirtuó esta circunstancia ni esgrimió un argumento razonable y objetivo; (iv) evidenciándose de ello, que no solo no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, sino que como ya se advirtió en líneas precedentes, lo fue sin justa causa.

Esto último, en tanto que no existe circunstancia alguna que permita justificar que la terminación del contrato no se produjo con ocasión al estado de salud del actor, pues General Motors Colmotores S.A. no logró desvirtuar la presunción del despido discriminatorio, dado que el finiquito se dio sin justa causa y así se debe entender de la carta que el empleador remitió al trabajador, según la cual:



Verificada la carta de terminación que el empleador puso de presente al trabajador, de la misma no puede, entonces, desprenderse que la finalización del laborío tuvo como soporte en una razón objetiva, pues es claro que la determinación que aquel tomó provino de una decisión unilateral que se justificó en el artículo 64 del C.S.T.

De este modo, al constatar que la desvinculación se produjo sin una justa causa y sin el aval de la autoridad laboral correspondiente, se deberá presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba al señor Jhon Ismael Hernández García y en tal virtud corresponderá declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro del trabajador a su lugar de trabajo.

En esa medida, se sigue condenar a la demandada al pago de los salarios, prestaciones sociales y extralegales a que hubiera lugar, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral dejados de percibir desde su vinculación y hasta el momento en que se produzca su reintegro. Así mismo, se ordenará el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, la cual, seguidamente se liquidará, previo al estudio de la excepción de prescripción que propuso la encartada.

Por todo lo anterior, habrá de revocarse en su integridad la sentencia de primer grado.

5. Excepción de prescripción. El artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En el caso de marras la Sala observa que los efectos definitivos del reintegro que reclama el demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es decir, 25 de agosto de 2015 y como quiera que el demandante reclamó ante el empleador el 24 de agosto de 2018 y la demanda fue interpuesta el 9 de agosto de 2021, conforme da cuenta acta de reparto con secuencia núm. 12611, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada.

6. Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997). En relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta procede por el solo hecho de habersele terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago “sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

En ese sentido, basta con traer colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.[95] De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes." (SU-049 de 2017)

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de **\$19.143.054**, teniendo como salario el certificado por la demandada el 15 de octubre de 2021, esto es, **\$3.190.509**.

Indemnización 180 días de salario			
Año	Salario	Días	Valor
2015	\$ 3.190.509	180	\$ 19.143.054
Total			\$ 19.143.054

7. Indexación. Los valores hasta aquí ordenados deberán ser indexados desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, esto es, teniendo como IPC inicial el 26 de agosto de 2015 y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

8. Excepción de compensación. En el caso de autos procede el reintegro, lo que implica el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el trabajador durante el lapso en que estuvo cesante, lo cual incluye, el pago de los aportes al sistema de seguridad social dejados de realizar y de las vacaciones, lo que impone a su vez al actor la devolución de las sumas que recibió al momento del finiquito (SL-6389-2016). Bajo esa perspectiva, se **AUTORIZARÁ** a la demandada a compensar las sumas pagadas al señor **JHON ISMAEL HERNÁNDEZ GARCÍA** por concepto de liquidación definitiva recibida al momento de la finalización del laborío.

9. Costas. En ambas instancias a cargo de General Motors Colmotores S.A. y a favor del demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 14 de julio de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral, por lo que debe proceder a reintegrar al trabajador al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a la demandada **GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A.** al reintegro de **JHON ISMAEL HERNÁNDEZ GARCÍA**, sin solución de continuidad, a un cargo de igual o superior categoría, conforme sus condiciones de salud y a **cancelarle** los salarios, prestaciones sociales y extralegales a que hubiera lugar, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, dejadas de percibir entre 25 de agosto de 2015 y el momento del reintegro efectivo al cargo. Sumas que deberá cancelar debidamente indexadas de conformidad con los criterios expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: CONDENAR al **GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A.** a pagar a **JHON ISMAEL HERNÁNDEZ GARCÍA** la suma de **\$19.143.054** por concepto de indemnización consagrada en el 26 de la Ley 361 de 1997, que deberá cancelar debidamente **indexada**.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de **compensación** propuesta oportunamente por la parte demandada y, por ende, autorizarla a descontar de las condenas aquí impuestas el valor de **\$69.408.357** devengado por el demandante por concepto de liquidación definitiva. Las demás excepciones se declaran no probadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: CONDENAR en costas en costas en ambas instancias. Las de primera tásense por la A quo.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
Aclara Voto

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **JHON ISMAEL HERNÁNDEZ GARCÍA** y a cargo de **GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A.** en la suma de \$5.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *MAXIMILIANO SAIZ LÓPEZ Y OTROS*
DEMANDADO: *CONSORCIO LUZ, CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA y OTROS.*
RADICACIÓN: *110013105-002-2014-00160-01*
ASUNTO: *APELACIÓN DEMANDADAS*
TEMA: *PRESCRIPCIÓN- SOLIDARIDAD E INDEMNIZACIÓN.*

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor Maximiliano Saiz López Rozo y Humberto Otálora Flórez a través de mandatario judicial instauraron demanda laboral con el fin que se declare que el Consorcio Luz fue el empleador por el periodo comprendido entre el 22 de marzo de 2011 hasta el 21 de agosto de 2012, respecto de Maximiliano Saiz López Rozo, y del 22 de marzo de 2011 hasta el 21 de septiembre de 2012, en relación con Humberto Otálora Flórez; que se declare la solidaridad de Cortázar y Gutiérrez Ltda y Asfaltos la Herrera SAS, como integrantes del Consorcio Luz, así como también la solidaridad de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial – UMV, como beneficiaria de la actividad desempeñada por los demandantes, en consecuencia, que se condene al pago de las primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, la sanción moratoria del artículo 65 del CST, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico común de sus pretensiones señalaron que las empresas Cortázar y Gutiérrez Ltda y Asfaltos la Herrera S.A.S., conformaron el Consorcio Luz, quien suscribió el 10 de marzo de 2011 el contrato No 113 con la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial – UVM, con el propósito de ejecutar las obras de mantenimiento vial en la ciudad de Bogotá; que el señor Maximiliano Saiz López Rozo fue contratado el 22 de marzo de 2011, y su vínculo laboral se prolongó hasta el 21 de agosto de 2012, cumpliendo funciones de inspector de obra, en las actividades de reparación, ampliación y mantenimiento de la malla vial de la ciudad de Bogotá, percibiendo como salario la suma de \$1.040.000; que el señor Humberto Otálora Flórez fue contratado el 22 de marzo de 2011, y su vínculo laboral se extendió hasta el 21 de septiembre de 2012, cumpliendo funciones de conductor de automotores suministrados por el Consorcio Luz, en las actividades de reparación, ampliación y mantenimiento de la malla vial de la ciudad de Bogotá, recibiendo como remuneración mensual la suma de \$759.000; que recibían instrucciones de personas representantes del Consorcio Luz y de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial – UMV; que a la terminación del contrato de trabajo les quedaron adeudando salarios en el caso de

Humberto Otálora Flórez, primas de servicios, vacaciones, cesantías, e intereses a las cesantías; que nunca fueron afiliados al sistema de seguridad social; que realizaron reclamación de las acreencias ante la Unidad Administrativa de Mantenimiento Vial; que han conminado en reiteradas oportunidades a las empresas que conforman el Consorcio Luz para el pago de las acreencias laborales insolutas. (Fols. 1 a 14 archivo No 01)

2. Contestaciones:

2.1 Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial.: Se opone a las pretensiones que la involucran, como la referida a la solidaridad, con fundamento en que no se cumplen los requisitos del artículo 34 del CST, ya que el contrato que se celebró con el Consorcio Luz no fue un contrato de obra, ya que dicho consorcio no fue contratado para realizar una obra sino para que suministre personal, además que la entidad pública no es la beneficiaria de la obra, sino que lo es toda la comunidad, y por último la entidad demandada, no cumple la función de suministro de personal, es decir, la labor contratada no es conexa con la actividad principal de la UMV; frente a las demás pretensiones aduce que no le consta y se atienen a lo probado en el proceso. Como excepciones de mérito rotuló las de pago parcial, prescripción, cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación. (Fols. 1 a 63 archivo No 01)

2.2 Cortázar y Gutiérrez Ltda y Asfaltos la Herrera S.A.S.: Contestaron a través de Curador Ad Litem, quien manifestó que se opone ni se allana a las pretensiones, ateniéndose a lo que resulte demostrado como consecuencia de las pruebas obrantes en el proceso. No propuso excepciones. (Fols. 222 a 227 archivo No 01)

2.3 La Previsora S.A.: Actuando como llamado en garantía contestó la demanda y el llamamiento en garantía, en cuanto a la demanda se opuso a las pretensiones con base en que la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial no mantuvo vínculos de carácter laboral con el demandante, ni era el obligado al pago de salarios y prestaciones sociales, además que tampoco se configura la solidaridad entre la entidad pública demandada y el Consorcio Luz. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de legitimación por pasiva respecto de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación Vial, ausencia de relación laboral, inexistencia de la obligación, ausencia de solidaridad, inexistencia de los elementos para que opere la solidaridad del artículo 34 del CST, buena fe, extinción parcial de las obligaciones- pago parcial, y la genérica.

Frente al llamado en garantía se opuso a las pretensiones y manifestó que en el remoto evento de que la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial llegare a ser condenada solidariamente, se deben observar los términos del contrato de seguros para efectos de determinar los amparos, exclusiones y/o las prestaciones económicas a las que tenga derecho el asegurado. Como excepciones propuso las de inexistencia de obligación en cabeza de la Previsora S.A.; ausencia de obligación – la sanción moratoria no hace parte de la cobertura del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; sujeción a los términos, condiciones y límites del seguro de cumplimiento póliza única a favor de las entidades estatales No 3000996; buena fe, y la genérica. (Fols. 240 a 266 archivo No 01).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de agosto de 2022, mediante la cual el Juzgado declaró que entre el señor Maximiliano

Saiz López y la sociedad Cortázar y Gutiérrez Ltda, como integrante del Consorcio Luz, existió un contrato de obra o labor entre el 22 de marzo de 2011 al 21 de agosto de 2012 con una asignación salarial de \$1.040.000; que entre el señor Humberto Otálora Flórez y la sociedad Cortázar y Gutiérrez Ltda, como integrante del Consorcio Luz, existió un contrato de obra o labor entre el 22 de marzo de 2011 al 21 de septiembre de 2012 con una asignación salarial de \$759.000; declaró solidariamente responsables de las acreencias laborales de los demandados a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial; condenó a la demandada Cortázar y Gutiérrez Ltda, como integrante del Consorcio Luz, y solidariamente a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, a los siguientes conceptos: a favor de Maximiliano Saiz López la suma de \$667.333 por concepto de cesantías, \$51.384 por intereses a las cesantías, \$667.333 por prima de servicios, \$691.888 por vacaciones, y por concepto de indemnización del artículo 65 del CST, la suma de \$34.666 diarios por cada día de retardo desde el 22 de agosto de 2012 y hasta los primeros 24 meses, con posterioridad al mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación sobre los salarios y prestaciones sociales adeudadas hasta que se realice efectivamente su pago; a favor de Humberto Otálora Flórez la suma de \$1.290.300 por salarios insolutos, \$550.275 por concepto de cesantías, \$47.873 por intereses a las cesantías, \$550.275 por prima de servicios, \$536.570 por vacaciones, y por concepto de indemnización del artículo 65 del CST, la suma de \$25.300 diarios por cada día de retardo desde el 21 de septiembre de 2012 y hasta los primeros 24 meses, con posterioridad al mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación sobre los salarios y prestaciones sociales adeudadas hasta que se realice efectivamente su pago; autorizó descontar de las condenas impuestas a favor del señor Humberto Otálora Flórez, la suma de \$1.200.000; condenó a la llamada en garantía Previsora S.A. Compañía de Seguros a devolver las sumas que sean canceladas por la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, respecto de las condenas impuestas según la cobertura de la póliza No 3000996; finalmente, condenó en costas a las demandadas. (Fols. 1 a 5 archivo No 14 con Audiencia virtual archivo No 12 y 13)

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que debía proponerse a verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual determinó que de la prueba documental y testimonial se extrae la existencia de la relación laboral bajo un contrato de obra o labor entre Maximiliano Saiz López y la sociedad Cortázar y Gutiérrez Ltda, como integrante del Consorcio Luz, desde el 22 de marzo de 2011 al 21 de agosto de 2012 con una asignación salarial de \$1.040.000, en el cargo de inspector de obra, y entre el señor Humberto Otálora Flórez y la sociedad Cortázar y Gutiérrez Ltda, como integrante del Consorcio Luz, desde el 22 de marzo de 2011 al 21 de septiembre de 2012 con una asignación salarial de \$759.000, en el cargo de conductor, sin que merezca mayor discusión tal tema, pues ello se corrobora con las certificaciones laborales y la carta de terminación del contrato allegadas al expediente.

Ahora, en cuanto a la solidaridad, después de contrastar el objeto del contrato de obra civil suscrito entre el Consorcio Luz y la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, y el objeto social de esta última entidad, junto con las funciones desarrolladas por los demandantes, concluyó que sí se configura la solidaridad de que trata el artículo 34 del CST, ya que la labor desempeñada por los demandantes como inspector de obra y conductor, respectivamente, son actividades desarrolladas y orientadas al mantenimiento y rehabilitación de la malla vial, actividades que se ejecutaron en cumplimiento de órdenes emitidas por los

supervisores de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, además que se utilizaban herramientas y maquinarias de dicha unidad. Asimismo, que los servicios prestados por los demandantes generaron un beneficio que es el desarrollo del proceso misional de la entidad demandada, específicamente en el mantenimiento de la malla vial, el cual está comprendido en su objeto social.

Frente a las condenas en concreto, encontró que no se demostró el pago de las acreencias reclamadas, por lo cual, procedió a impartir condena así: a favor de Maximiliano Saiz López la suma de \$667.333 por concepto de cesantías, \$51.384 por intereses a las cesantías, \$667.333 por prima de servicios, y \$691.888 por vacaciones. En cuanto a Humberto Otálora Flórez la suma de \$1.290.300 por salarios insolutos, \$550.275 por concepto de cesantías, \$47.873 por intereses a las cesantías, \$550.275 por prima de servicios, \$536.570 por vacaciones.

En lo referido a Humberto Otálora Flórez autorizó realizar un descuento de \$1.200.000, ya que en el interrogatorio de parte confesó que con posterioridad a la finalización del contrato recibió una consignación por el referido valor.

En cuanto a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, manifestó que la conducta del empleador integrante del Consorcio Luz no estuvo precedida de buena fe, ya que la falta de pago de los salarios y prestaciones a sus trabajadores dio lugar a declarar el incumplimiento del contrato por parte de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial. Ahora como en ambos casos se constató que la demanda se presentó dentro de los dos años siguientes a la terminación del vínculo laboral, corresponde condenar a un día de salario por cada día de retraso por los primeros 24 meses, y con posterioridad al mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre los salarios y prestaciones adeudas hasta que se realice el pago.

En lo referente al llamado en garantía de la Previsora S.A., conforme la póliza No 3000996 expedida el 11 de marzo de 2011, en la que figura como asegurado la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, y en la que el objeto es amparar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista en virtud del contrato No 113 de 2011, en desarrollo de la ejecución de actividades operativas y administrativas para el mantenimiento de la malla vial, cuya vigencia va desde el 10 de marzo de 2011 hasta el 10 de marzo de 2015, hay lugar a condenar a la llamada en garantía, ya que precisamente lo que se evidenció fue el incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del contratista, el cual generó perjuicios a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial.

En lo que tiene que ver con la prescripción, consideró que la relación laboral feneció el 21 de agosto de 2012 y 21 de septiembre de 2012, y la demanda se interpuso el 18 de marzo de 2014, por lo que, de conformidad con el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS, no transcurrieron más de tres años, debiéndose declarar impróspera la excepción de prescripción. Adicionalmente, como se evidencia una reclamación extrajudicial del 14 de enero de 2014, en los términos del artículo 151 del CPTSS, no sería aplicable lo dispuesto en el artículo 90 del CPC, hoy artículo 94 del CGP.

4. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte de las siguientes partes procesales:

4.1 Demandante: Manifiesta que en relación con el descuento autorizado por parte del despacho respecto de las acreencias del señor Humberto Otálora Flórez, debe tenerse en cuenta que al momento del interrogatorio no fue declarado confeso en la etapa procesal pertinente, adicionalmente, no se demostró que efectivamente se haya consignado o se haya realizado el depósito por parte de la demandada; que solo obra un acta de liquidación donde se reconoce que se le adeudan unas sumas de dinero, sin embargo, no obra documento que haya sido firmado por el demandante; que no quedó demostrado ni comprobado pago alguno respecto al demandante, por lo tanto, no es procedente el descuento de \$1.200.000; que si bien está de acuerdo con la sanción moratoria del artículo 65 del CST, no debe limitarse hasta el mes 24, sino que debe continuar un día de salario por cada día de retardo hasta la fecha del pago de la obligación, ello de conformidad con lo establecido en la sentencia C781 de 2003 de la Corte Constitucional.

4.2 Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial. Aduce que hay lugar a estudiar la excepción de prescripción de conformidad con el artículo 94 del CGP, ya que, si bien se interpuso la demanda dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo laboral, la misma no fue notificada dentro del año siguiente a las empresas que integran el consorcio, quienes finalmente son las llamadas a responder de manera directa y principal por la condena; que la reclamación administrativa se presentó ante la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, pero no ante las demandadas integrantes del Consorcio Luz, por lo que, el término prescriptivo no se interrumpió frente a esas sociedades; que respecto a la solidaridad la misma debe aplicarse a los que integran el Consorcio Luz y no respecto de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial; que tal entidad pública no es beneficiaria de la obra del trabajador y no es dueño de la obra; que no se debe aplicar de manera automática y solidaria la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, ya que la entidad pública realizó actos de buena fe tendientes al pago de lo adeudado; que el único y verdadero empleador fueron las empresas que integraron el Consorcio Luz y ellos deben ser los únicos llamados a responder, sin que le corresponda a la Unidad Administrativa de Mantenimiento Vial tal obligación frente a los trabajadores del Consorcio Luz; que la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial no se puede asimilar al beneficiario de la obra o al dueño de la obra, pues no recibe beneficio ni es el propietario de la obra; que el dueño de la obra sería la ciudad de Bogotá y el beneficiario toda la ciudadanía que utilizan las vías Bogotanas; que para la condena de la indemnización moratoria, no basta con que se dé el incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador, sino que se debe analizar las explicaciones entregadas por el empleador a efectos de establecer la buena o mala fe, y en ese sentido la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial adoptó todas las medidas pendientes al pago de las acreencias laborales debidas por parte del Consorcio Luz, demostrando el pago al trabajador, lo que constituyen actos de buena fe y lo exoneran del pago de indemnización moratoria.

4.3 Previsora S.A.: Manifiesta que se condenó a la solidaridad del artículo 34 del CST, sin haberse cumplido los presupuestos para ello, además que no se contrastó la ejecución real del contrato, ya que solamente se hizo referencia a la ejecución de obras, pero no se tuvo en cuenta que lo allí plasmado era el suministro de personal, circunstancia que se venía planteando desde la contestación de la demanda, siendo esto un aspecto importante en la medida en que el beneficiario de la obra no sería

la Unidad de Mantenimiento Vial, sino sería a quien le correspondería la administración de la obra, esto es, bien sea el IDU o la alcaldía; que el suministro de personal desdibuja la solidaridad con la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación de Mantenimiento Vial de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del CST; que se desconocieron los planteamientos jurisprudenciales, ya que no basta con comprobar quién es el beneficiario de la obra sino que cuál es la actividad que usualmente desarrolla; que debían tenerse en cuenta los objetos sociales de las entidades que hacen parte del consorcio, contrastando los objetos sociales o las actividades sobre las cuales se desarrolló el contrato con la Unidad de Mantenimiento Vial; que se desistió de uno de los integrantes del consorcio, pese a que es un litisconsorcio necesario; que se dijo que el consorcio no tiene personería jurídica y en consecuencia se condena solamente a la persona jurídica que se vinculó, lo cual no es correcto y no tiene un fundamento jurídico; que no se configuraron los presupuestos de artículo 34 del CST; que respecto a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, no se tuvo en cuenta la conducta de la entidad pública demandada, además que la mala fe no se probó; que no se tuvo en cuenta la situación económica del integrante del consorcio, ya que les fue imposible continuar con la ejecución del contrato; que no se tuvo en cuenta las gestiones realizadas por la Unidad de Mantenimiento Vial; que se declaró la mala fe del consorcio y automáticamente se dijo que existía mala fe de la Unidad de Mantenimiento Vial; que no hubo un contraste de la actividad que desplegó cada uno de los demandados, sino que la relación fue genérica; que debe tenerse en cuenta las coberturas del contrato de seguro, ello en la medida en que el a quo consideró que no estaba descrito el amparo de salarios y prestaciones sociales, pero afectó la póliza aduciendo el incumplimiento con su obligación del pago de salarios y prestaciones sociales por parte del consorcio, cuestiones muy distintas desde el punto de vista de un contrato de seguro; que una cosa es el cumplimiento de la ejecución de la obra y otra cosa muy distinta el incumplimiento de asuntos laborales; en definitiva, aduce que los amparos de la póliza no se acreditan, así como tampoco se cumplieron los supuestos del artículo 65 del CST, y en todo caso, conforme los artículos del Código de Comercio, las compañías de seguros no pueden amparar sanciones.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que de conformidad con la sentencia C-781 de 2003, el mero hecho de presentar la demanda dentro de los dos años siguientes a la terminación del vínculo permite que la indemnización moratoria corra hasta que se verifique el pago total y efectivo de los salarios y prestaciones sociales adeudados independiente del salario devengado por los actores. Refirió que se cumplen con los requisitos dispuestos en la mencionada sentencia, siendo merecedor el señor Maximiliano a la suma diaria de \$34.666, a partir del 22 de agosto de 2012, hasta que se efectuó el pago total de las acreencias adeudadas y para el señor Humberto la suma diaria de \$25.300 a partir del 22 de septiembre de 2012 hasta que se verifique el pago total de las acreencias laborales adeudadas.

6.2. La Previsora S.A. Compañía de Seguros. En su escrito de alegaciones refirió que no se encuentran demostrados los elementos o presupuestos para que opere la solidaridad laboral prevista en el artículo 34 del C.S.T., en consecuencia, la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial – UAERMV, no podía ser condenada al pago solidario de la sanción moratoria a favor de los demandantes, junto con la empresa Cortázar y Gutiérrez Ltda., como miembro del Consorcio Luz.

Señalo que la conducta de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, se ciñó a la buena fe, dadas las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del vínculo contractual con el Consorcio Luz, además, existe ausencia de cobertura por parte de la póliza de seguro de cumplimiento No. 3000996, frente a la sanción moratoria.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problemas jurídicos. Centra la atención de la Sala en establecer: **i)** ¿El demandante logró interrumpir la prescripción o, por el contrario, como lo sostiene la encartada, se debe declarar probada dicha excepción? En caso positivo **ii)** ¿En el caso del demandante Humberto Otálora Flórez hay lugar a confirmar la deducción de \$1.200.000, por operar la confesión? **iii)** ¿La Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación de Mantenimiento Vial es solidariamente responsable de las condenas endilgadas a la sociedad Cortázar y Gutiérrez Ltda, como integrante del Consorcio Luz, incluida la indemnización moratoria? **iv)** ¿Es procedente la condena efectuada a la llamada en garantía la Previsora Compañía de Seguros S.A. de reembolsar a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación de Mantenimiento Vial lo que satisfaga de la condena impuesta?

3. Relación laboral, su modalidad, y extremos temporales. No existe controversia respecto a que los actores laboraron para el Consorcio Luz en desarrollo del contrato No 113 de 2011 de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación Vial, bajo un contrato de obra o labor determinada, en el caso del señor Maximiliano Saiz López desde el 22 de marzo de 2011 hasta el 21 de agosto de 2012 con una asignación salarial de \$1.040.000 (Fol. 20 y 21 archivo No 01) y con el señor Humberto Otálora Flórez entre el 22 de marzo de 2011 al 21 de septiembre de 2012 con una asignación salarial de \$759.000 (Fol. 46 y 47 archivo No 01), tal como lo consideró la a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes.

4. Excepción de prescripción. Para resolver, establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el término de prescripción de las acciones laborales de tres años contados a partir de que la obligación se hizo exigible, la que se puede interrumpir como regla general por una sola vez presentando la reclamación por escrito.

Resulta pertinente traer a colación lo adocinado por la Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2009, en la que al analizar la figura de la prescripción y las cargas procesales de las partes, asienta: *"En criterio de la Corte Suprema de Justicia que ha sido acogido por esta Corporación, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso. De allí que la posibilidad de las partes de acudir a la jurisdicción para hacer efectiva la demanda de sus derechos en un término procesal*

específico, son cargas procesales que puede válidamente determinar el legislador en los términos señalados”.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la relación laboral de Maximiliano Saiz López feneció el 21 de agosto de 2012 (Fol. 21 archivo No 01) y con el señor Humberto Otálora Flórez finalizó el 21 de septiembre de 2012 (Fol. 46 y 47 archivo No 01), es a partir de ese momento que se cuentan los términos prescriptivos, debiéndose instaurar el proceso ordinario laboral dentro de los 3 años siguientes o interrumpir la prescripción con el simple reclamo, último aspecto que aconteció con la reclamación presentada el 15 de enero de 2014 (Fol. 19 y 45 archivo No 01, respectivamente), y como la presente acción se presentó el 14 de marzo de 2014 (Fol. 48 archivo No 01), es decir, que entre una y otra fecha, no pasaron más de 3 años de que tratan los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en línea de principio no se configura la excepción de prescripción alegada.

Ahora, la controversia estriba en que según el recurrente no se notificó el auto admisorio de la demanda dentro del año de que trata el artículo 94 del CGP. Frente a este tópico, el a quo determinó que no le era aplicable el artículo 94 del CGP, ya que en materia laboral al interrumpirse la prescripción con la reclamación no puede dar lugar nuevamente al estudio de la interrupción del medio exceptivo conforme lo establece el CGP.

Para resolver el primer asunto, es preciso traer a colación lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL5159-2020, en la que establece lo siguiente:

"Conforme lo anterior, la prescripción de las acciones laborales puede ser interrumpida a través de dos mecanismos diferentes y no excluyentes: la extrajudicial, mediante la presentación al empleador del simple reclamo escrito por el trabajador respecto de un derecho determinado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo; y con la presentación de la demanda, en los términos y condiciones señaladas por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil (CSJ SL, 13 dic. 2001, rad. 16725 y CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 38504)”.

Conforme lo previamente expuesto, nótese que la interrupción de la prescripción en el ámbito laboral opera a través de dos maneras, la extrajudicial con el simple reclamo y la judicial con la presentación de la demanda, y como quiera que no son excluyentes, habrá de decirse que es equivocada la consideración del a quo relativa a que, al haberse presentado la reclamación administrativa no era procedente hacer el estudio de la interrupción de la prescripción con fundamento en el artículo 94 del CGP. Igualmente, en este punto, es preciso decir que tampoco le asiste razón al juez primigenio al establecer que la reclamación que realizó la parte activa ante la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación Vial el 15 de enero de 2014 (Fol. 19 y 45 archivo No 01, respectivamente), abarca al empleador o demandado principal, pues tal reclamación se canalizó al accionado solidario y no al empleador, siendo que conforme las previsiones del artículo 151 del CPTSS, la prescripción se interrumpe con *"el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador"*.

Así las cosas, en punto a resolver la censura del recurrente, el Código General del Proceso, prevé en su artículo 94, que con la presentación de la demanda se interrumpe el fenómeno jurídico de la prescripción, siempre que el auto admisorio o mandamiento ejecutivo sea notificado al accionado en el término de un año, pasado

ese término, dicha interrupción solo se produce con la notificación de la providencia a quien se pretende notificar.

Empero, debe decirse que la anterior regla de carácter legal encuentra excepción vía interpretación judicial por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, corporación que ha señalado que entre los principios cardinales de todo proceso se deben atender entre muchos otros los de lealtad, probidad y buena fe, los cuales deben ser observados por las partes y jueces. En tal virtud, precisó, que entre la presentación de la demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, **como por ejemplo la actividad elusiva del demandado** o negligencia del propio Juzgador, situaciones que no son imputables a la parte demandante, tampoco pueden redundar en su perjuicio cuando ha actuado diligentemente en el reclamo de sus derechos y ha realizado las acciones necesarias a efecto de lograr la comparecencia al juicio del extremo pasivo de la acción (SL 4712-2021, SL5951-2020, SL3788-2020 y SL8716-2014).

Descendiendo al sub examine, la demanda bajo estudio se radicó el **14 de marzo de 2014** (Fol. 48 archivo No 01), fue admitida mediante auto del **03 de abril de 2014**, el cual fue notificado en estado del **04 de abril** de la misma calenda (Fols. 49 y 50 archivo No 01); por ende, el demandante contaba con un año a partir de esta última data para realizar la notificación de la acción si con ella pretendía interrumpir la prescripción, es decir que tenía hasta el **04 de abril de 2015**, tal y como lo dispone en artículo 94 del CGP, aplicable en la materia laboral por expresa remisión del canon 145 del CPTSS.

Ahora, en lo que respecta a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación Vial se realizó la notificación personal el 25 de junio de 2014 (Fol. 62 archivo No 01), contestando la demanda el 17 de julio de 2014 (Fol. 63 archivo No 01), es decir que, frente a esta entidad se hizo la notificación dentro del año de que trata el artículo 94 del CGP.

En lo que respecta a la sociedad integrante del Consorcio Luz, esto es, a Cortázar y Gutiérrez Ltda, la demanda bajo estudio se radicó el 14 de marzo de 2014 (Fol. 48 archivo No 01), fue admitida mediante auto del **03 de abril de 2014**, el cual fue notificado en estado del **04 de abril** de la misma calenda (Fols. 49 y 50 archivo No 01); por ende, el demandante contaba con un año a partir de esa data para realizar la notificación de la acción si con ella pretendía interrumpir la prescripción, es decir que tenía hasta el **04 de abril de 2015**, pero como de la demanda se notificó al Curador Ad Litem el **03 de octubre de 2016** (Fol. 250 archivo No 01), habría lugar a prohiar en línea de principio que se superó el año que establece el artículo 94 del CGP. Empero, como tal término no se aplica de manera automática y objetiva, habrá lugar a revisar si la extensión de aquel fue por circunstancias atribuibles a la parte demandante, al despacho o por la actividad elusiva del demandado.

Tenemos que en el sub examine se presentaron las siguientes actuaciones:

ACTUACIÓN	INICIA	FINALIZA	TIEMPO DTE (días)	TIEMPO DESPACHO (días)
Admite demanda	03/04/2014	04/04/2014	0	0
Citatorio (Fol. 52 archivo No 01)	04/04/2014	04/04/2014	0	0
Retiro citatorio (Fos. 146 archivo No 01)	04/04/2014	01/08/2014	116	0

Trámite del citatorio-devolución (Fol. 156 archivo No 01)	01/08/2014	04/09/2014	33	0
Entró al despacho (Fol. 159 archivo No 01)	14/10/2014	13/01/2015	40	119
El despacho requirió al dte para que informe nueva dirección (Fol. 156 archivo No 01)- se allega nueva dirección (Fol. 160 archivo No 01)	13/01/2015	20/02/2015	37	0
Se ordena librar citatorio por parte de la Secretaría a la nueva dirección (Fol. 165 y 166 archivo No 01)-elaboración del citatorio (Fol. 167 archivo No 01)	15/04/2015	27/05/2015	55	42
Retiro del citatorio y trámite con devolución fallida (Fol. 169 archivo No 01)	23/07/2015	13/08/2015	76	0
Se solicita por el demandante la realización del aviso, emplazamiento y nombramiento de curador ante el Juzgado (Fol. 168 archivo No 01) - se requirió a la parte actora para que intente nuevamente la notificación al demandado (Fol. 216 archivo No 01)	11/09/2015	16/02/2016	28	155
Se requirió nuevamente al apoderado para que realice la notificación (Fol. 223 archivo No 01) - se intentó realizar la notificación pero fue devuelta con la anotación de "destinatario desconocido" y se allegó al juzgado las certificaciones correspondientes (Fol. 224 archivo No 01)	13/04/2016	03/08/2016	170	0
Se ordenó el emplazamiento y designación de Curador Ad-litem (Fol. 245 y 246 archivo No 01)- designándose curadores.	16/09/2016	27/09/2016	0	43
Envío de comunicaciones curadores (Fol. 247 a 249 archivo No 01) – notificación de la demanda al Curador Ad litem (Fol. 250 archivo No 01)	28/09/2016	03/10/2016	5	0
Notificación y contestación curador (Fol. 251 archivo No 01).	03/10/2016	19/10/2016	0	0
TOTAL			560	359

Ello así, debe precisarse que si bien es cierto se sobrepasó el lapso que tenía la parte demandante para notificar el auto admisorio al demandado, debe ponderarse que entre el auto admisorio (03/04/2014) hasta la notificación al curador Ad litem (03/10/2016), transcurrieron 900 días, es decir, 2 años y 6 meses, de los cuales, 359

días corresponden a actuaciones del juzgado, es decir, mientras estuvo al despacho y tomaba las decisiones correspondientes, incluso, debe denotarse que la parte demandante el 11 de septiembre de 2015 solicitó el emplazamiento y nombramiento de curador ad litem, pero el juzgado previo a ello lo requirió para que realizara nuevamente la notificación al demandado, la cual fue infructuosa, y pese a que, ciertamente se contabilizan 560 días a cargo del demandante, no puede pasar por alto la Sala que solo a través de curador ad litem se realizó la notificación del demandado, por lo que, prohiar la prosperidad de la prescripción, sería tanto como premiar al demandado, quien evadió el trámite de notificación, y así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia de radicado No 5422 del 20 de septiembre del 2000, cuando dijo: *"Proceder de otro modo sería cohonestar el fraude premiando al demandado que se oculta o que intencionalmente estorba que se le notifique en tiempo el auto admisorio, posturas estas que atentan contra la lealtad procesal, o sería hacer responsable de la negligencia de los funcionarios judiciales al mismo demandante que ha realizado una normal actividad para que la notificación se lleve a cabo en oportunidad"*.

Colofón de lo expuesto, como quiera que la parte actora realizó las gestiones para notificación en términos que por las circunstancias del proceso se consideran razonables, y además se ciñó a los requerimientos que efectuaba el despacho, incluso, reiterando y haciendo la misma notificación en dos oportunidades, y como quiera que la parte demandada fue notificada a través de Curador Ad Litem, estima la Sala que no hay lugar a la aplicación taxativa del artículo 94 del CGP, y por ende, la notificación se realizó en el término legal, sin que haya lugar a declarar probada la excepción previa de prescripción como lo sostiene la parte pasiva apelante.

Dadas esas razones, y como quiera que en este asunto no operó la prescripción respecto de las pretensiones de índole económico que se indicaron en el escrito de demanda, no otra decisión habrá que adoptarse más que la de confirmar la decisión confutada.

5. Descuento Humberto Otálora Flórez. Aduce el apoderado judicial del demandante Humberto Otálora Flórez que no es procedente el descuento de \$1.200.000 frente a las condenas impuestas en su favor; empero, sobre aquello baste con decir que fue el propio demandante quien al absolver el interrogatorio de parte confesó que recibió la suma de \$1.200.000, pues al preguntársele *"¿diga cómo es cierto sí o no que mientras usted estuvo vinculado el Consorcio Luz le pagó a Usted todos sus salarios? Contestó que "Me dieron un abono, más o menos un millón doscientos como liquidación, no recibí más"*, y a renglón seguido le preguntaron *"¿Es decir que después de la terminación del contrato de trabajo con el consorcio luz, le pago por concepto de liquidación a usted un 1.200, usted sabe de qué es rubros o concepto específicos por los cuales se pagó esta suma de millón doscientos, cesantías, vacaciones?"* a lo que contestó que *"Pues como nos debían dos meses de sueldo no sé si era parte de eso o parte de la liquidación porque no especificaron en la liquidación"*.

Conforme con lo anterior, ante la confesión expresa del demandante de haber recibido la suma de \$1.200.000 como abono a lo que le adeudaba el empleador, bien podía el a quo descontar dicha suma del total adeudado a la finalización del contrato, sin que se requiera como lo pretende el censor, que la entidad encartada demuestre por otro medio el pago o el que deba existir un documento o comprobante de pago firmado por el trabajador, pues de cara a lo establecido en el artículo 191 del CGP,

es completamente válida la confesión expresa que realizó el promotor de la litis al absolver el interrogatorio, y de contera, también habrá que decirse que no debía declararse confesó en otra oportunidad procesal, pues la confesión se dio al momento de absolver el interrogatorio y sus efectos se delimitan y concretan en la sentencia, como aconteció en el sub examine.

Así las cosas, este punto de alzada se despacha desfavorablemente.

6. Solidaridad. Al respecto, considera la Sala importante acudir a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL13686 del 2017, frente a la estipulación contenida en el artículo 34 del CST, esto es, la responsabilidad solidaria existente entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente. En esa medida, ha señalado la Corte que dicha disposición, tiene como finalidad garantizar y proteger a los trabajadores respecto al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a que tienen derecho y que resultan de la contratación que efectúe el beneficiario del servicio o el dueño de la obra con un contratista independiente a fin de ejecutar o prestar una obra o servicio.

Emerge de lo anterior sin duda que, la solidaridad que atribuye el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo al beneficiario del trabajo o dueño de la obra, como fuente de responsabilidad laboral, excluye al contratante cuando las labores del trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, por manera, que la citada disposición exige para que se reclame la responsabilidad solidaria en favor del trabajador se demuestre lo siguiente:

1. El contrato de obra entre contratante o beneficiario o dueño de la obra y contratista independiente.
2. El contrato de trabajo entre contratista independiente y trabajador.
3. El nexo de causalidad entre los dos contratos.

En otras palabras, se debe acreditar (i) la existencia de contrato de naturaleza no laboral entre el contratista y el beneficiario de la obra o prestación del servicio; (ii) que la obra y/o el servicio contratado guarden relación con actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario de la obra o servicio; es decir, que la labor del contratista no sea extraña y ajena a la ejecutada normalmente por el contratante¹. (iii) Que exista contrato de trabajo entre el contratista y el demandante. (iv) Que el contratista o el subcontratista no cancelen las obligaciones de carácter laboral que tiene respecto de sus trabajadores.

Bajo este derrotero, en lo que respecta **al primer presupuesto** se encuentra acreditado a folios 32 a 42 en la que reposan el contrato de obra civil No 113 del 10 de marzo de 2011 celebrado entre el Consorcio Luz - integrado por Cortázar y Gutiérrez Ltda y Asfalto la Herrera S.A.S.- y la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial- UMV, cuyo objeto contractual es la *"Ejecución de actividades operativas y administrativas complementarias para el mantenimiento de la malla vial de la ciudad a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y actividades requeridas en las sedes operativas de la UMV"*.

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

En lo relacionado con el **segundo presupuesto**, precedentemente se dejó sentado que entre el Consorcio Luz integrado por Cortázar y Gutiérrez Ltda y Asfalto la Herrera S.A.S., y el señor MAXIMILIANO SAIZ LÓPEZ se celebró un contrato de trabajo para que éste último ejerciera como "INSPECTOR DE OBRA", prestando sus servicios y ejerciendo sus funciones en favor de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial- UMV, en cumplimiento del objeto contractual celebrado entre esta y el Consorcio Luz, y ello se logra corroborar con la certificación que descansa a folios 20 archivo No 01; frente al señor HUMBERTO OTALORA FLÓREZ se celebró un contrato de trabajo para que éste último ejerciera como "CONDUCTOR", prestando sus servicios y ejerciendo sus funciones en favor de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial- UMV, en cumplimiento del objeto contractual celebrado entre esta y el Consorcio Luz, y ello se logra ratificar con la certificación que descansa a folios 46 archivo No 01

En cuanto al **tercer presupuesto**, se hace necesario en primera medida remitirnos a los objetos sociales de cada una de las entidades en cuestión, encontrándose que CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA como integrante del Consorcio Luz, según certificado de existencia y representación legal visto a folios 23 a 26 archivo No 01 "(...) *Construcción de obras de ingeniería, arquitectura de cualquier tipo, sean propias o de terceros. (...) Construcción, reparación, remodelación, mantenimiento de inmuebles, durante cualquiera de las etapas, desde estudio de prefactibilidad, hasta ejecución de terminados, de construcción, obras de desarrollo, bien sea por cuenta propia, o por cuenta de terceros. (...) Celebrar y desarrollar todo tipo de actos, negocios, contratos o actividades relacionadas con la estructuración, planeación, gestión, diseño, construcción, operación o mantenimiento de proyectos de concesión de obras de infraestructura vial, de transporte o inmobiliarias, en general cualquier tipo de concesión relacionada con proyectos de infraestructura (...)*".

Por su parte, la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, tiene como objeto social, conforme el artículo 109 del Acuerdo No 257 de 2006, "(...) *Programar y ejecutar las obras necesarias para garantizar la rehabilitación y el mantenimiento periódico de la malla vial local; así como la atención inmediata de todo el subsistema de la malla vial cuando se presenten situaciones imprevistas que dificulten la movilidad en el Distrito Capital*".

Como se puede observar existe un punto de convergencia entre las sociedades mencionadas y es aquel relacionado con la ejecución de "obras" necesarias para garantizar la rehabilitación y mantenimiento de la malla vial en Bogotá, en consecuencia, tienen un mismo fin, de ahí que las actividades del contratista no le son ajenas o extrañas al beneficiario del contrato civil, con lo cual emerge sin dubitación el último elemento de la solidaridad que reclama el artículo 34 del CST.

Nótese que existe esa relación directa entre los objetos sociales de las dos entidades, dado que en general el mantenimiento y rehabilitación de la malla vial está en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, e incluso se encuentra dentro de sus funciones especiales "ejecutar los planes y proyectos de rehabilitación y mantenimiento de la malla vial local", lo que genera que en línea de principio, es a aquella entidad que le corresponde directamente realizar las obras, pero como en el presente asunto subcontrató con el Consorcio Luz de la cual es integrante CORTÁZAR Y GUTIÉRREZ LTDA, y que esta última se dedica a la "Construcción, reparación, remodelación, mantenimiento de inmuebles", de suyo es

que, uno y otro objeto confluyen hacia el mismo horizonte, y por lo tanto, refulge la solidaridad del artículo 34 del CST, a más, que no puede aceptarse la postura de la entidad recurrente, de que se contrató con el Consorcio Luz solo el suministro de personal, pues olvida que los demandantes fueron contratados para el desarrollo del contrato de obra civil No 113 del 10 de marzo de 2011, el uno como Inspector de Obra y el otro como Conductor.

De igual manera, baste traer a colación la sentencia del 31 de agosto de 2020, en la que la Sala Laboral de este Tribunal, con ponencia del Magistrado Manuel Eduardo Serrano Baquero, en el proceso 07-2014-00660-01, estableció:

"Bajo esta clara regla, no se pueden considerar extrañas a la UAERMV las labores que contrató con el CONSORCIO LUZ (CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA Y ASFALTOS HERRERA S.A.S), pues todas las actividades que debía desarrollar como contratista son inherentes y conexas a las actividades y al objeto definido en los reglamentos para la UAERMV "desarrollar las actividades parcheo y reparación de pavimento existente, fresado y pavimentación de vía, con o sin recebo, nivelación de materiales con motoniveladora, compactación de materiales". Por ello procedía la declaración de responsabilidad que dictó el juez en primera instancia".

En ese orden de ideas, es claro que el sentenciador de primer grado no se equivocó al colegir que la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial en su condición de beneficiario del servicio, debe responder de manera solidaria por la obligación (prestaciones e indemnización moratoria) que no satisfizo la sociedad Cortázar Gutiérrez Ltda como empleador, máxime que, la actividad desarrollada por la contratista cubrió una necesidad propia de la beneficiaria, pues la "Construcción, reparación, remodelación, mantenimiento de inmuebles" desarrollada por la primera, directamente está vinculada con el objeto social de la segunda.

Ahora, cabe aclarar en este punto que para efecto de la solidaridad no se hace necesario acreditar la existencia de la relación laboral o subordinación entre el demandante y la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, ya que de ninguna manera puede entenderse que el obligado solidario sea considerado como empleador, solo que al configurarse la solidaridad está obligado a responder por las condenas infringidas al obligado principal o empleador, sin ningún análisis sobre la existencia de la relación laboral con los obligados solidarios, por lo que, se despacha de manera desfavorable este punto de apelación.

7. Indemnización moratoria. Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en

que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

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

Descendiendo al sub examine, en cuanto a esta pretensión la parte pasiva no presentó ninguna razón justificativa que lo coloque en el plano de la buena fe, máxime cuando contestó la demanda a través de curador Ad litem; debe precisar la Sala que le competía al empleador justificar las razones de la omisión en el pago de la liquidación final de prestaciones, esto es, si pagó de manera oportuna o no los salarios y prestaciones sociales causadas a la finalización del contrato de trabajo, pero como ello no aconteció, hay lugar a prohijar la causación de la indemnización moratoria.

7.1 Liquidación indemnización moratoria, art. 65 del C.S.T. Para resolver este tema, debe tenerse en cuenta lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias la de radicado 36577 del 06 de mayo del 2000, reiterada en sentencia SL1560-2014, donde en lo concerniente a la indemnización e intereses moratorios, dijo:

"De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico".

En el presente caso, respecto del señor Maximiliano Saiz López la terminación del contrato de trabajo fue efectiva el 21 de agosto de 2012 (Fol. 21 archivo No 01), y la demanda se presentó el 14 de marzo de 2014 (Fol. 48 archivo No 01), es decir, antes de los 24 meses de que trata el Artículo 65 del C.S.T, y como quiera que el último salario corresponde a \$ 1.040.000, superior al salario mínimo legal diario del año 2014, el cual no fue objeto de censura por el demandante, es evidente que de conformidad con el criterio jurisprudencial vertido, procede el pago de un día de salario por cada día de retardo por los primeros 24 meses, y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación sobre los salarios y prestaciones sociales adeudadas hasta que se realice efectivamente su pago como bien lo fulminó el a quo.

En lo que respecta a Humberto Otálora Flórez la terminación del contrato de trabajo fue efectiva el 21 de septiembre de 2012 (Fol. 47 archivo No 01), y la demanda se presentó el 14 de marzo de 2014 (Fol. 48 archivo No 01), es decir, antes de los 24 meses de que trata

el Artículo 65 del C.S.T, y como quiera que el último salario corresponde a \$ 759.000, superior al salario mínimo legal diario del año 2014, el cual no fue objeto de censura por el demandante, es evidente que de conformidad con el criterio jurisprudencial vertido, procede el pago de un día de salario por cada día de retardo por los primeros 24 meses, y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación sobre los salarios y prestaciones sociales adeudadas hasta que se realice efectivamente su pago como bien lo fulminó el a quo.

Ahora, en lo que respecta al punto de alzada propuesto por la parte demandante, de que la sanción moratoria sea un día de salario desde la finalización del contrato hasta el respectivo pago, acota la Sala que tal postura era compartida inicialmente por la aquí ponente; no obstante, mediante providencial del 31 de julio de 2023, en el proceso No 11001310500920170079801, decidió acoger y asumir la postura de la Sala mayoritaria respecto a que siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, tal indemnización va hasta el mes 24, y con posterioridad se generan los intereses moratorios, además, porque en sede de tutela la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ordenó a la sala antes de su reconformación que se modifique la condena por indemnización moratoria conforme los parámetros establecidos en el precedente de la Corte.

Igualmente, acota la Sala que en este ítem no resulta procedente revisar si la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial actuó de buena o mala fe, ya que tal situación se analiza es frente al empleador, y no frente al obligado solidario, o dicho de otra manera, la mala fe que da prosperidad a la indemnización del artículo 65 del CST no se revisa frente al obligado solidario, y así lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia con radicado No 22905 del 06 de mayo de 2005, en los siguientes términos: *"En estas condiciones, es la buena o mala fe del empleador, o sea del contratista, la que debe analizarse para efectos de imponer la sanción moratoria y no la de su obligado solidario"*.

Así las cosas, la condena impuesta a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial es por ser solidariamente responsable y no porque haya actuado de buena o mala fe respecto de los demandantes en el pago de las prestaciones sociales adeudadas, con lo cual, se despacha de manera desfavorable la alzada en este tópico.

8. Llamado en garantía la PREVISORA S.A. En relación con la póliza de seguros, por la cual fue llamada en garantía la PREVISORA S.A., esta Sala de Decisión trae la posición que sobre el tema ha decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, al expresar: *"Esta Sala de la Corte ha aceptado la posibilidad del llamamiento en garantía en el proceso laboral, y que allí se defina la responsabilidad que le incumbe al llamado bajo ese título"* (Radicación No 30821 del 11 de marzo de 2008, M.P. Eduardo López Villegas).

Al tenor de lo dispuesto y descendiendo al sub judice se tiene que a folio 298 archivo No 01, se allegó la póliza No 3000996 con vigencia del 21 de diciembre de 2011 al 22 de agosto de 2015, en virtud de la cual se aseguró la cobertura de *"amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales"* (Fols. 307 archivo No 01) con un valor asegurado de \$719.625.000.

Ahora, igualmente, se detallan como beneficiario a la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y como tomador a Consorcio Luz, y además

se observa que ampara los riesgos antes dichos en relación con la ejecución del contrato de obra civil suscrito entre aquellas.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que el Consorcio Luz, contrató con la llamada en garantía la PREVISORA S.A la póliza No 3000996, para amparar los riesgos de "salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones", considera la Sala que debe responder la PREVISORA S.A. como llamada en garantía.

Conforme lo dicho, y estudiados como quedaron los puntos objeto de apelación, lo procedente es confirmar en su integridad la decisión de instancia.

9. Costas. Sin costas en esta instancia por no haberse causado, en la medida en que la parte demandante también fue recurrente y no le prosperó el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

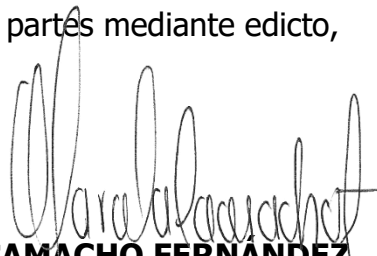
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

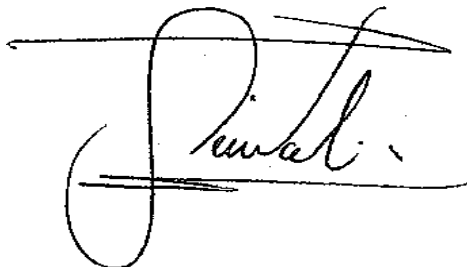
PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de agosto de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CLARA RUBY LEGRO CARDOZO
Demandada: COLPENSIONES
Radicado No.: 06-2020-00176-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Clara Ruby Legro Cardozo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en su condición de cónyuge del causante Félix Bernardo Gómez Arias, a partir del 6 de agosto de 2006, conforme lo establece el Acuerdo 049 de 1990, aplicable por condición más favorable. En consecuencia, se ordene a la encartada a su pago, junto con las mesadas causadas, intereses moratorios, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que Félix Bernardo Gómez Arias, falleció el 6 de agosto de 2006, cotizando un total de 866.29 semanas conforme se estableció en la Resolución núm. 0042915 del 19 de septiembre de 2007. Refirió que al momento de su deceso convivía con el causante desde 8 de noviembre de 1981, día en el cual contrajeron matrimonio, mismo que se mantuvo hasta la data en que ocurrió el óbito. Señaló que con ocasión al fallecimiento de su cónyuge se presentó junto con sus hijos a reclamar pensión de sobreviviente; no obstante, tanto el ISS como Colpensiones les reconoció indemnización sustitutiva de la prestación económica, por considerar que no se cumplían con las previsiones de la Ley 797 de 2003. (Expediente electrónico,

PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 5 a 21)

2. Contestación de la demanda. Al momento de recorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que mediante Resolución No. 0042915 del 19 de septiembre de 2007, le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, prestación incompatible con la pretendida; pues el causante no dejó acreditado el derecho pensional, pues tenía 0 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento, esto es, entre 6 de agosto de 2003 al mismo día y mes del año 2006; ni cumple los presupuestos de la condición más beneficiosa.

Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1º, 3º al 13º y respecto de los demás señaló no constarle o no ser ciertos. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, genérica, compensación y no procedencia al pago de costas en instituciones

administradoras de seguridad social del orden público, solicitud de condena en costas al demandante, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 04ContestaciónDemanda)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 03NotificacionesColpensionesAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de mayo del 2023, en la que la falladora absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra por el actor, gravándolo en costas.

Para arribar a tal decisiva, se propuso verificar si procede el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la actora en su condición de cónyuge del afiliado, por efectos de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del principio de la condición más beneficiosa, por cuanto el fallecimiento acaeció el 6 de agosto de 2006 y no cotizó la densidad mínima de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento para acceder a la prestación bajo las voces de la Ley 797 de 2003.

Con tal propósito, adujo como no controversial entre las partes que el causante falleció en la citada data, tampoco que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 cotizó al Instituto de Seguros Sociales 886 semanas correspondientes al periodo comprendido entre noviembre 12 de 1975 al 1° de noviembre de 1992, ni que cotizó las semanas requeridas para acceder a la prestación en los términos de la Ley 797 de 2003. Seguidamente dijo que la condición más beneficiosa no permite examinar cualquier normatividad anterior a la citada Ley, en tanto que solo protege las expectativas legítimas de los beneficiarios de un afiliado al sistema general de pensiones que fallece siempre que haya acreditado la densidad de semanas establecidas en la ley anterior, pero cuyo hecho generador ocurrió durante la vigencia de la norma posterior.

Así, estimó que no es aplicable acudir al Acuerdo 049 de 1990 en virtud del principio de la condición más beneficiosa, toda vez que la ley aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado, sin que implique realizar una búsqueda histórica de las leyes anteriores con el propósito de identificar la que se adecue a la situación de la parte actora. Aclaró que para definir el derecho pensional no es viable concurrir a dicha normatividad, toda vez que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 corresponde a la norma inmediatamente anterior; sin embargo, advirtió que el asegurado no se encontraba cotizando al cambio normativo, esto es, entre 29 de enero de 2003 y 6 de agosto de 2006, conforme así lo tiene definido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL780 de 2003, lo que imponía absolver a la entidad demandada de las pretensiones de la demanda. (Expediente electrónico, audio 12AudieniaJuzgamiento)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que se afilió al ISS el 1° de septiembre de 1980 y cotizó hasta el 5 de noviembre de 1992, es decir, más de 500 semanas exclusivas a dicho régimen, dejando acreditados los requisitos para cumplir así con la pensión de sobreviviente conforme al Decreto 758 de 1990. Dijo que se debió tener en cuenta para resolver el asunto la sentencia 14986 del 20 de abril del 2011 y providencia de la Sala de Casación Civil de fecha 19 de noviembre de 2019, en esta última, en la que se consideró que es acertado reconocer la prestación económica con las semanas cotizadas exclusivamente al ISS.

Indicó que la A quo no dio aplicación a la condición más favorable, la cual es respaldada por la Constitución Política de Colombia, por lo que debió centrar su estudio si se reunían o no los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, de ahí que consideró que la juzgadora debió

aplicar criterios jurídicos más favorables, ya que los requisitos contenidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida en la Ley 797 de 2003, hace más gravosa su situación jurídica.

6. Alegatos de conclusión. El **demandante** alegó en su favor aduciendo que se desconocieron todos y cada uno de los precedentes jurisprudenciales del órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien no tuvo en cuenta la norma más beneficiosa y no dio aplicación a los nuevos criterios, los cuales, de haberse advertido, el A quo hubiera podido colegir que es acreedora del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Clara Ruby Legro Cardozo, en calidad de cónyuge supérstite de Félix Bernardo Gómez Arias, reúne las condiciones legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por parte de Colpensiones? De ser afirmativa la respuesta (ii) ¿A partir de que data y si tiene derecho al pago del retroactivo pensional?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento de Félix Bernardo Gómez Arias se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 06279143, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 6 de agosto de 2006. (Expediente electrónico, PDF 01ExpedienteDigitalizado, pág. 22)

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del afiliado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 6 de agosto de 2006. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Densidad de semanas. Para establecer si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente deprecada, debemos remitirnos al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003, que señala que tendrán derecho a la prestación económica los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado **50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento**; densidad cotizacional que de entrada se advierte no se cumple en el presente caso, pues entre 6 de agosto de 2003 y el 6 de agosto de 2006 (fecha del fallecimiento) el causante no cuenta con ninguna semana cotizada, pues registra cotizaciones hasta 5 de noviembre de 1992, según se advierte de la historia laboral allegada por el actor (Expediente electrónico, PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 75 a 80), no dejando en consecuencia causado el derecho a la prestación al amparo de esta normatividad a favor de sus beneficiarios.

En cuanto a la remisión a la norma inmediatamente anterior, esto es, los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su tenor original, que disponen que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado fallecido siempre que éste hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas en cualquier tiempo si estaba cotizando activamente al momento de la muerte; o hubiere aportado veintiséis

(26) semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte, de no estar cotizando activamente, resultaba inane hacer alguna disquisición por el juez de instancia, ello en atención a que la última cotización fue en noviembre de 1992, luego para la fecha del deceso no se encontraba cotizando, a lo que se suma que durante el último año anterior a la muerte, esto es, 6 de agosto de 2005 al 6 de agosto de 2006, ninguna cotización reporta.

Ahora, en lo que hace a la condición más beneficiosa, precisa la Sala que la A quo acoge la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y con base en ello aduce que no es dable efectuar una búsqueda histórica de normas para establecer cuál se adecua a la situación jurídica de la demandante, siendo lo pertinente aplicar únicamente la inmediatamente anterior, además, indica que el fallecido no se encuentra dentro de los supuestos esbozados en la sentencia SL4064-2019, para dar aplicación al citado principio, en la medida que su muerte no se produjo dentro de los tres años posteriores a la entrada de la Ley 797 de 2003, esto es, entre 29 de enero de 2003 y 29 de enero del 2006.

En ese sentido, se establecerá si la juzgadora primigenia se equivocó al inferir que en el presente asunto no le es posible la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, para decidir la prestación al amparo del Acuerdo 049 de 1990.

6. Principio de la condición más beneficiosa. Debe recordar la Sala que conforme al criterio de nuestra CSJ en la sentencia SL 4457-2014, reiterada en la sentencia SL 3229-2018, el Juez es quien debe buscar las normas aplicables a cada caso, en consecuencia, como la demandante no cumple con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, se pasará a estudiar si al presente caso le es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Respecto a este principio, es necesario recordar que tanto la Corte Constitucional en la sentencia **SU 005-2018** como la CSJ en la sentencia SL701 del 2020, coinciden en señalar que se distingue porque: **(i)** opera ante el tránsito legislativo en aquellos eventos en que el legislador **no consagró un régimen de transición**, **(ii)** para su aplicación se debe **cotejar** una norma derogada con una vigente y **(iii)** el destinatario debe poseer una situación jurídica y fáctica concreta, la cual es protegida, dado que con la **nueva ley se les desmejora**. Por lo que es claro que dicho principio no nació para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva Ley puede modificarse el régimen pensional; sino para un grupo de personas que, si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia.

Frente al **primer supuesto**, lo primero que se debe advertir es que el régimen de transición contenido en el art. 36 de la ley 100 de 1993, no puede ser aplicado a las pensiones de sobreviviente, toda vez que tal como lo expresara la Corte Suprema de Justicia en sentencia de vieja data, Rad 24.280 del 5 de Julio del 2005, el mismo no puede estar sometido a contingencias improbables de predecir, como es en este caso la muerte del causante. Cumpliéndose así con la primera característica.

No sobra resaltar que la pensión hace parte de aquellos derechos que no se consolidan en un solo acto sino que necesitan una serie de hechos sucesivos v.gr, el cumplimiento de la edad y densidad de semanas cotizadas, para lograr su reconocimiento, es así como aquella persona que cumple la densidad de cotizaciones necesarias, pero no cumple la edad, ha cumplido uno de los dos hechos necesarios para acceder a ella, presentándose para dicha persona un **derecho eventual**, que no es un derecho adquirido o consolidado mientras no cumpla la edad, pero si es una situación que excede la mera expectativa y que es protegida por el legislador, de allí la génesis del régimen de transición. En la

pensión de sobreviviente el derecho eventual se genera cuando se logra la densidad de cotizaciones necesarias para acceder a ella.

En relación con el **segundo presupuesto** y a efecto de determinar cuál es la norma derogada que se va cotejar, es necesario precisar que la Sala mayoritaria toma distancia del criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, quien para la aplicación de la condición más beneficiosa sólo permite aplicar la norma inmediatamente anterior y además se sujeta a que el fallecimiento del afiliado acontezca en el tránsito legislativo entre la Ley 100/93 y la Ley 797/03, esto es, entre el 29 de enero de 2003, cuando entró en vigor esta última, y el 29 de enero de 2006, data hasta cuando se difirieron sus efectos, es decir, tres años después de su entrada en vigencia, como se advierte de la sentencia SL4650 de 2017 y SL2843 de 2021, reiteradas en sentencias SL2078 de 2022 y SL969 de 2023.

En consecuencia, la Sala mayoritaria acoge la postura de nuestra Corte Constitucional, unificada actualmente en la sentencia **SU 005 del 2018**, aplicando para tal efecto cualquier normatividad en la que se cumpla el número de semanas exigido para dejar causada la prestación, siendo posible aplicar la Ley 100 de 1993 en su redacción original, el Decreto 758 de 1990 o cualquier normatividad anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, y **sin que contemple límites temporales para su conservación**, aunque si un **test de procedencia** para quienes pretendan la aplicación ultraactiva del Decreto 758 de 1990 o cualquier otra norma anterior, que permita determinar si el peticionante se encuentra en **condición de vulnerabilidad**, sin que ello implique efectuar una indagación histórica e ilimitada de las normas en el tiempo sino contraída únicamente a la historia de afiliación del de cujus, como lo advierte nuestra alta corporación de justicia constitucional.

7. Caso concreto Acuerdo 049 de 1990. Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala resulta imperativo examinar si la demandante cumple con las 5 condiciones necesarias y concurrentes que conforman el test de procedencia, contenidas en la sentencia SU 005 del 2018, pues sólo así se determinará si se encuentra en condición de vulnerabilidad que permita la aplicación ultraactiva del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para causar el derecho pensional que solicitó, providencia que no sobra precisar fue emitida con anterioridad a la radicación de la demanda (27 de febrero de 2020), luego es claro que resulta vinculante al presente asunto.

En esos términos, se entrará a examinar el test de procedencia a la demandante, precisando que previo a ello que, según el reporte de cotizaciones allegado por misma, el fallecido contaba con 6.204 días, equivalentes a 886 semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Test de Procedencia		
Primera condición	Pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o encontrarse en uno o varios supuestos de riesgo, tales como: analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.	La demandante contaba con 63 años para la fecha en que instauró la presente acción judicial (27 de febrero de 2020), pues nació el 20 de diciembre de 1956 (Expediente electrónico, PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 24) como da cuenta la fotocopia de cédula de ciudadanía, luego es claro que hace parte del grupo etario de la tercera edad al acreditar edad superior a 60 años, conforme lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias T-047/15 y T-082/18, con apoyo en los arts. 46 de la Constitución Nacional y 7 de la Ley 1276 de 2009.

		Por tanto, cumple con este primer requisito al pertenecer a un grupo poblacional de especial protección constitucional.
Segunda condición	Afectación directa al mínimo vital y, en consecuencia, a una vida en condiciones dignas por la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.	Este requisito ha de analizarse con posterioridad al fallecimiento del afiliado, puesto que versa sobre las condiciones materiales de vida que la persona afronta ante la muerte del causante. En otras palabras, lo que exige el referido test de procedencia en este punto, no es un análisis de dependencia económica de la actora al momento del fallecimiento del afiliado, sino que se aviene a determinar si la falta de reconocimiento de la prestación económica de sobrevivencia pone en situación de vulnerabilidad a Clara Ruby Legro Cardozo. Presupuesto que de entrada no logra acreditarse en el proceso, pues si bien es cierto se arrimó al proceso la declaración extrajuicio de Cecilia Teresa Contreras de Barbosa y María Inés Castro de Rocha lo cierto es que sobre tal circunstancia no hicieron manifestación alguna, en la medida que sólo señalaron que la promotora del proceso compartió lecho, mesa y techo con el causante, de quien dependía económicamente ya que no laboró y solo se dedicó al hogar; sin embargo, no indicaron la afectación al mínimo vital por la falta del reconocimiento pensional. Ahora, como se indicó desde el escrito de demanda, la accionante cuenta con tres hijos mayores de edad, quienes tienen el deber alimentario para con su progenitora, sin que al plenario se hubiera aportado prueba tendiente a acreditar alguna imposibilidad de su cumplimiento. Al respecto, nuestra H. Corte Constitucional señaló en sentencia SU-005 de 2018 que con sólo demostrarse la existencia de obligación alimentaria por parte de hijos mayores, no se configura la vulneración tal situación, como advirtió al señalar que “[la accionante] cuenta con la ayuda de sus 8 hijos mayores de edad, quienes tienen para con ella el deber legal de cubrir sus necesidades básicas y un deber de solidaridad derivado de la relación de consanguinidad que los une (...) [por lo cual] no puede ser considerada como una persona en situación de vulnerabilidad.”. De esta manera, no existen elementos de juicio que permitan concluir que la demandante vio afectado su mínimo vital ante el fallecimiento del afiliado.
Tercera condición	Dependencia económica del causante antes del fallecimiento, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso.	Tampoco se acredita este requisito, pues aunque las declarantes Cecilia Teresa Contreras de Barbosa y María Inés Castro de Rocha, adujeron que la demandante dependía económicamente de su cónyuge , no expusieron la razón de su dicho, pues solo se limitaron a realizar una afirmación sin exponer el contexto en que percibieron los hechos, en la medida que nunca fueron indagadas sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, por tanto, al sólo aducir aspectos generales, no es posible extraer que la actora haya dependido económicamente del de cujus.

Cuarta condición	Circunstancias de imposibilidad de cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones del causante.	En relación con este tópico, una vez revisado el expediente no encuentra la Sala ninguna prueba que permita establecer que el señor Félix Bernardo Gómez Arias, se encontrara en circunstancias que no le permitieran cotizar al Sistema General de Pensiones, máxime cuando ninguna alusión a este aspecto se dijo en los hechos de la demanda ni en el decurso procesal, siendo un tiempo considerable el que dejó de realizar aportes, esto es, aproximadamente 13 años desde su última cotización (noviembre de 1992) hasta la fecha de fallecimiento (agosto de 2006).
Quinta condición	El accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.	Este presupuesto se logra acreditar, dado que Félix Bernardo Gómez Arias falleció el 6 de agosto de 2006 y mediante Resoluciones Nos. 0042915 del 19 de septiembre de 2007, GNR328179 del 2 de enero de 2016, GNR368832 del 6 de diciembre de 2016, VPB3979 del 31 de enero de 2017, SUB19999 del 27 de marzo de 2017 y SUB262837 del 24 de septiembre de 2019, recibió respuesta sobre la reclamación que realizó a Colpensiones, para lograr el reconocimiento pensional.

Precisado lo anterior, es claro que aunque se logró acreditar el requisitos cotizaciones de 300 semanas exigido por el Acuerdo 049 de 1990, lo cierto es que, la demandante no probó las cinco (5) condiciones exigidas por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación, constitutivas del test de procedibilidad, por tanto, no puede ser considerada como persona vulnerable y, en consecuencia, no resulta beneficiaria de la aludida normatividad en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia, pero por las razones aquí esgrimidas.

8. Costas. Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

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

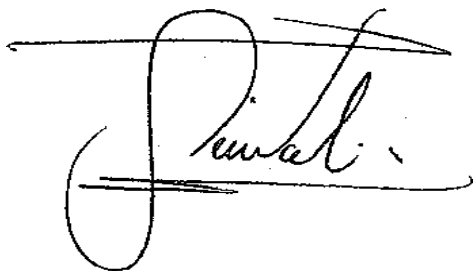
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de mayo del 2023, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

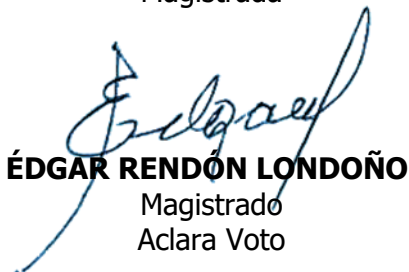
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
Aclara Voto



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: BLANCA CECILIA GUTIÉRREZ
Demandada: BLANCA MARCELA BERMÚDEZ
Radicación: 110013105-025-2019-00551-02
Tema: INEFICACIA DESPIDO – ESTABILIDAD OCUPACIONAL
REFORZADA – REVOCA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Blanca Cecilia Gutiérrez, instauró demanda ordinaria contra Blanca Marcela Bermúdez, con el propósito que se declare la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo que se produjo a partir del 28 de febrero de 2019 y se disponga que el reintegro ordenado por el Juzgado Diecisiete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., mediante sentencia de fecha 5 de abril de 2019, confirmada por el Juzgado Cincuenta Penal de Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá D.C. el 26 de junio de la misma anualidad, tiene efectos definitivos; en consecuencia, se ordene el pago de salarios, prima de servicios, vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por mora en el pago de intereses de cesantías, aportes a seguridad social en pensión y salud, junto con sus intereses, indexación, indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indexada.

De manera subsidiaria, petitionó el reconocimiento de la indemnización por despido injusto.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que, fue vinculada mediante contrato de trabajo a término fijo a un año por la señora Blanca Marcela Bermúdez Roja, prestando sus servicios desde el 1 de marzo de 2016; dicho contrato se prorrogó hasta el 29 de febrero de 2020; esta vinculación se realizó para desempeñar el cargo de acompañante de adulto mayor, realizando como funciones en el cuidado y atención de la madre de la demandada, señora Gladis Stella Rojas de Bermúdez. También refiere que, el 17 de octubre de 2018 le fue diagnosticado en el centro Nacional de Cancerología S.A., carcinoma infiltrante no específico, hecho que le fue comunicado inmediatamente a su empleadora, adjuntando la historia clínica correspondiente; el 2 de febrero de 2019 le fue comunicada la terminación de su contrato de trabajo, la que se haría efectiva a partir del 28 de febrero de 2019; para esta data, el contrato de trabajo ya había sido prorrogado hasta el 29 de febrero de 2020, por lo que su despido se produjo sin justa causa; al momento de la terminación

del vínculo laboral, su salario era equivalente a \$1.027.000; para la terminación del contrato de trabajo no se solicitó permiso al Ministerio de Trabajo.

A su vez, manifiesta que presentó acción de tutela y el Juzgado 17 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá D.C., mediante sentencia de fecha 5 de abril de 2019, concedió el amparo por gozar de estabilidad laboral reforzada y como mecanismo transitorio ordenó su reintegro al cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior categoría y remuneración, supeditando esta medida a la presentación de la acción dentro de los 4 meses siguientes a la fecha de su notificación, providencia que fue confirmada por el Juzgado 50 Penal del Circuito de Bogotá; finalmente, manifestó que no le fue cancelada la prima de servicios del mes de junio de 2019, no fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones, en salud fue afiliada a Coomeva E.P.S.

(Expediente electrónico, PDF 07ReformaDemanda).

2. Contestaciones. Al contestar la demanda la señora Blanca Marcela Bermúdez, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que la terminación del contrato de trabajo acaecida el 28 de febrero de 2019, se hizo con base en una causal objetiva y legal, esto es la expiración del plazo fijo pactado, conforme lo establecida en el CST. Adicional a ello, indicó que no se le adeuda suma alguna de dinero a la demandante. De otro lado, sostuvo que, para la fecha en la que ingresó a laborar la accionante, contaba con 55 años de edad y no tenía historia pensional, por lo que se encontraba imposibilitada para completar las semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez, conforme lo establece el artículo 2 del literal b) del Decreto 758 de 1990. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido, prescripción, genérica, pago, inexistencia de las condiciones establecidas para ser considerada titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada, mala fe de la demandante, buena fe de la empleadora (Expediente electrónico, PDF 06ContestacionDemanda).

Mediante proveído del 4 de marzo de 2020, se tuvo por no contestada la reforma de la demanda (Expediente electrónico, PDF 12AutoTienePorNoContestadaYFijaFecha).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de mayo de 2022 en la que el fallador absolvió a la señora Blanca Marcela Bermúdez de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas a la parte demandante.

Para arribar a la decisión, indicó que no había sido objeto de controversia la existencia del vínculo contrato de trabajo y el cargo desempeñado, pues estos hechos fueron aceptados en la contestación de la demanda, por lo que, declaró que a las partes las había atado un contrato de trabajo a término fijo, para desempeñar el cargo de acompañante adulto mayor; respecto a los extremos temporales de la relación laboral, indicó que esta tuvo inicio el día 1 marzo 2016 y finalizó el 28 de febrero de 2019, con un salario inicial de \$1.000.000, y final de \$1.028.000.

Frente a la ineficacia del contrato de trabajo, advirtió que para la aplicación de la protección del artículo 26 de la ley 361 de 1997, se requiere que se demuestre que la terminación se haya dado por su limitación, carga de la prueba que se encuentra en cabeza de la parte actora. Indicó que, al momento de absolver el interrogatorio de parte, la enjuiciada aceptó que conocía que la accionante tenía cáncer de mama, pues el 11 de febrero de 2019 le fue entregada misiva en donde se indicaba este hecho, la cual estuvo acompañada de una biopsia y el resumen de la historia clínica y aclaró que, a pesar de ello, no presentaba impedimentos para desarrollar su trabajo. De otro lado, no se había logrado demostrar que, al momento de la desvinculación, contara con una

incapacidad o un nivel de limitación que le impidiera ejercer las funciones a su cargo, dado que en el plenario no se contaba con dictamen de pérdida de capacidad laboral, que permitiera demostrar que la señora Gutiérrez contaba con un grado de discapacidad moderado, severo o profundo, al momento de la extinción del vínculo, conforme lo que ha dispuesto la CSJ en sentencias SL 35609 y SL 10538 de 2016, y por ende, no podía ser objeto de la protección solicitada y por ello, tampoco resultaba procedente la indemnización solicitada.

Por otro lado, manifestó que de la comunicación de fecha 26 de enero de 2019, no se anuncia incapacidad o restricciones médicas algunas y si bien, fue aportada incapacidad expedida por el Hospital de San José con fecha 26 de febrero al 12 de marzo de 2019, lo cierto, es que la misma solo fue notificada la demanda el 27 de marzo de 2019, es decir, con posterioridad a la terminación de la relación laboral, por lo que, resultaba claro que, la terminación del contrato de trabajo tuvo una causa objetiva y fue la expiración del plazo fijo pactado y no el estado de salud de la accionante, ello se dedujo a partir de la misiva del 26 de enero de 2019, la que se intentó notificar a la demandante al día siguiente, sin embargo, se dejó constancia que la misma se negó a firmar su recibido, por lo que la misiva se envió por correo certificado el 28 del mismo mes y año, cumpliéndose así lo dispuesto en el artículo 46 del CST.

En virtud de solicitud elevada por el apoderado de la parte actora, se adicionó la sentencia, en el sentido de señalar que no procede el pago de aportes a pensión, en la medida que, dentro de la acción de tutela, las mismas fueron ordenadas, por lo que no había lugar a un doble pago ante Colpensiones.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión el **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que, en la sentencia de primera instancia dictada dentro de la acción de tutela, se ordenó el reintegro de la accionante, pero nada se dijo respecto a los aportes a seguridad social en pensiones, adicional a ello, se pretende en este juicio que se condene al pago de estos conceptos causados desde el 1 marzo 2016 hasta el momento en que se termine el contrato de trabajo, lo cual en virtud de la acción de tutela el contrato al día de hoy subsiste y por ello debe pagarse el cálculo actuarial o el pago de las cotizaciones a favor de Colpensiones.

A su vez, señala que la calificación del grado de invalidez severo, moderado o profundo desapareció del ordenamiento jurídico con el Decreto 1352 de 2013, compendiado por el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015 y así fue ilustrado por la Corte Constitucional en la sentencia C-200 de 2019, por ello, el fallo se encuentra sustentando en una norma derogada. A su vez, los criterios citados por el Juzgador ya fueron replanteados por la Corte Suprema de Justicia y por ello, no es necesario demostrar una pérdida de capacidad laboral, sino que se requiere que el trabajador este en una situación que le impida desempeñar sus funciones en condiciones normales, siendo ello así, se tiene que la señora Gutiérrez padece de cáncer y que ello le impidió desarrollar su funciones en los últimos meses y ello fue lo que generó la terminación del contrato, valiéndose el empleador para su justificación la terminación del plazo fijo pactado. De las historias clínicas y de las incapacidades se puede entender que la trabajadora no estaba en condiciones de prestar sus funciones en condiciones normales. A su vez, argumenta que de la misma declaración de la demandada no se puede acreditar que desconocía el estado de salud de la trabajadora y mucho menos puede tomarse como una confesión en la medida que no la desfavorece, por lo que, si se puede acreditar que la accionada tenía conocimiento de su estado de salud, pues ella es médica,

conocía que sufría de cáncer, además que venía siendo incapacitada y concedía los permisos para asistir a las citas médicas.

También sostiene que, de aceptarse que la labor fue terminada por expiración del plazo fijo pactado, debe tenerse en cuenta que si subsisten las condiciones que dieron lugar a la prestación del servicio, el trabajador en situación de discapacidad debe conservar su empleo y en este caso, no se demostró que la madre de la demandada ya no necesitara de los servicios de una cuidadora. Ahora, la carta de terminación del contrato de trabajo solo vino a ser conocida el 2 de febrero de 2019, cuando el vínculo ya se había prorrogado y por ello, se tiene que fue despedida sin justa causa, por ello, debe proceder el reintegro a lo indemnización correspondiente.

5. Alegatos de conclusión. La parte demandante alegó en su favor que se encuentra demostrada la existencia del contrato de trabajo entre las partes, por lo que se solicita se revoque la sentencia de instancia y se accede a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problema jurídico. Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos:** (i) ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral la accionante se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo? (ii) o si por el contrario ¿La terminación de la relación laboral culminó por una causa o razón objetiva, es decir, como consecuencia de la expiración del plazo fijo pactado para el cual fue contratada la parte actora?; de otro lado, (iii) ¿Existió omisión en el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones?, en caso positivo, ¿Resulta procedente el pago del correspondiente calculo actuarial?; y de manera subsidiaria, (iv) ¿La terminación del contrato de trabajo tuvo una justa causa?, de no ser ello así, ¿Le asiste derecho a la señora Blanca Gutiérrez al reconocimiento y pago de la correspondiente indemnización?.

3. Relación laboral, cargo, extremos temporales y salario. Resulta importante dejar claro que no fue objeto de discusión por haber sido aceptados por la convocada a juicio, los hechos relacionados con la celebración entre las partes de un contrato de trabajo a término fijo a un año, para desempeñar el cargo de acompañante adulto mayor, con fecha de inicio 1 de marzo de 2016 y finalización el 28 de febrero de 2019, siendo su última asignación salarial \$1.028.000. En todo caso, estas circunstancias fácticas se encuentran acreditadas con la documental allegada al plenario, como los son, contrato de trabajo, carta de terminación del vínculo y comprobantes de pago de salario (Expediente electrónico, archivos PDF 01Demanda, pág. 29 a 31 y 06ContestacionDemanda, pág. 18 y 19), en este orden, la discusión radica en determinar si la accionante es beneficiaria de la estabilidad ocupacional reforzada o no.

4. Estabilidad laboral reforzada En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Blanca Marcela Bermúdez actuó de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento de terminar la relación laboral, la Sala de decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, tal y como

lo reseñó el recurrente, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que no podía acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 28 de febrero de 2019.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Bajo esa perspectiva, la Corte Constitucional con base en dicha providencia y en pronunciamientos de las diferentes salas de revisión de esa misma Corporación, en sentencia SU-087 de 2022, fijó algunas reglas, aunque no taxativas, que permiten identificar si el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades, así:

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido. (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral. (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico. (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido.
Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental. (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo

	rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad. (c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL.
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0%. (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto.

Adicionalmente, la alta corporación en la citada sentencia de unificación estableció que como la garantía de la estabilidad laboral reforzada constituye un medio de protección frente a la discriminación, es necesario que el empleador conozca la situación de salud del trabajador al momento de la terminación de laborío; conocimiento que se acredita en los siguientes casos:

- "1) La enfermedad presenta síntomas que la hacen notoria.
- 2) El empleador tramita incapacidades médicas del funcionario, quien después del periodo de incapacidad solicita permisos para asistir a citas médicas, y debe cumplir recomendaciones de medicina laboral.
- 3) El accionante es despedido durante un periodo de incapacidad médica de varios días, por una enfermedad que generó la necesidad de asistir a diferentes citas médicas durante la relación laboral.
- 4) El accionante prueba que tuvo un accidente de trabajo durante los últimos meses de la relación, que le generó una serie de incapacidades y la calificación de un porcentaje de PCL antes de la terminación del contrato.
- 5) El empleador decide contratar a una persona con el conocimiento de que tiene una enfermedad diagnosticada, que al momento de la terminación del contrato estaba en tratamiento médico y estuvo incapacitada un mes antes del despido.
- 6) No se le puede imponer al trabajador la carga de soportar las consecuencias de que en razón a un empalme entre una antigua y nueva administración de una empresa no sea posible establecer si esa empresa tenía conocimiento o no del estado de salud del actor. Por tanto, se da prevalencia a las afirmaciones y pruebas del accionante, y no a las de la demandada en la contestación de la tutela.
- 7) Los indicios probatorios evidencian que durante la ejecución del contrato, el trabajador tuvo que acudir en bastantes oportunidades al médico, presentó incapacidades médicas, y en la tutela afirma que le informó de su condición de salud al empleador".

Adicionalmente, en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedian o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Posición que no resulta ser contradictoria a la nueva postura que ha sido acogido en el seno de la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria, en su especialidad laboral, entre otras, en la sentencia CSJ SL1152-2023, criterio que fue reiterado en las CSJ SL1154-2023, CSJ SL1181-2023, CSJ SL1184-2023, CSJ SL1259-2023 y CSJ SL1268-2023, en donde se ha señalado lo siguiente:

"En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso".

Más adelante refirió la alta corporación:

"Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral”.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, advirtiendo que, al plenario se adosó informe de anatomía patológica de fecha 20 de diciembre de 2018, en donde a la demandante se le diagnosticó “Carcinoma infiltrante de tipo no especial (Ductal)” (Expediente electrónico, archivo PDF 01Demanda, pág. 67-68).

Se tiene de otro lado, que obra informe complementario de marcadores de inmunohistoquímica de fecha 23 de enero de 2019, en donde se describe el hallazgo de *“fragmentos de tejido mamario comprometido por una lesión tumoral maligna”* (Expediente electrónico, archivo PDF 01Demanda, pág. 69-70). A su vez, se tiene reporte de ultrasonido, que describe lesión hipoecogénica asociada a diagnóstico de CA (Expediente electrónico, archivo PDF 01Demanda, pág. 71); en igual sentido, conforme historia clínica de fecha 16 de febrero de 2019, expedida por la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José, da cuenta que la promotora de la contienda cuenta con *“diagnóstico de carcinoma infiltrante ductal”*, que requiere manejo quirúrgico inicial mediante *“cuadrantectomía izquierda guiada con arpón (...) + escisión de ganglios centinela”* (Expediente electrónico, archivo PDF 01Demanda, pág. 72-73, 77 a 82). También se cuenta con órdenes de laboratorio clínico, estudio de patología, valoración médica, con la finalidad de atender el diagnóstico de *“tumor maligno de mama”* (Expediente electrónico, archivo PDF 01Demanda, pág. 74 a 76).

En este mismo sentido, se tiene que, fue incorporado al presente juicio, descripción de procedimiento quirúrgico, el que refleja que, a la señora Blanca Cecilia Gutiérrez le fue realizada “Resección de cuadrante de mama”, “reconstrucción de mama unilateral con colgajo” y “escisión de ganglio linfático axilar vía abierta”, el día 26 de febrero de 2019, para el tratamiento del diagnóstico “C509 – Tumor maligno de la mama” (Expediente electrónico, archivo PDF 01Demanda, pág. 83 a 84), como consecuencia de ello, se generó incapacidad médica del 26 de febrero al 12 de marzo de 2019 y orden de valoración de control o seguimiento por especialista para el 2 de marzo de esta misma anualidad (Expediente electrónico, archivo PDF 01Demanda, pág. 85 a 86).

De igual forma, se cuenta con historia clínica expedida por el Centro Nacional de Oncología de fecha 28 de febrero de 2019, de la que se avizora que la reclamante inició cuadro clínico desde 17 del mes de octubre de 2018 por aparición de masa en seno izquierdo, razón por la que fue ordenada mamografía y ecografía, que evidenciaron masa en seno izquierdo, a su vez, con biopsia se evidenció *“carcinoma infiltrante ductal”* (Expediente electrónico, archivo PDF 01Demanda, pág. 94 a 104).

De acuerdo con lo anterior y contrario a lo sostenido por el juzgador de instancia, resulta totalmente diáfano que, para el día 28 de febrero de 2019, data en la que feneció el contrato de trabajo de la demandante, no solamente su condición de salud se hallaba comprometida debido a la aparición de cáncer de mama, sino que desde el 26 de febrero de 2019 se encontraba incapacitada en virtud del procedimiento quirúrgico del que fue objeto para el tratamiento de este padecimiento, y si bien, se ha sostenido por este extremo procesal que, esta condición fue comunicada a su empleador, lo cierto es que, la historia clínica y las incapacidades médicas fueron remitidas a su empleadora tan solo hasta el 28 de marzo de 2019, conforme se desprende de la factura de envío, el cotejo de tales documentos y la constancia de entrega expedida por Servientrega (Expediente electrónico, archivo PDF 01Demanda, pág. 106 a 114), es decir, con posterioridad al finiquito del contrato de trabajo, no obstante lo anterior, no se puede pasar por alto que este hecho no resultó ser extraño a la dadora del laborío, en la medida que durante la vigencia del vínculo contractual la trabajadora se ausentó

de su puesto de trabajo con la única finalidad de que su situación médica fuera atendida mediante procedimiento quirúrgico, intervención que generó una incapacidad inicial hasta el 12 de marzo de 2019, aunado a ello nótese que la señora Marcela Bermúdez al momento de absolver el interrogatorio de parte confesó que recibió carta el 11 de febrero de 2019 en donde se informaba la aparición de cáncer de seno, a la cual se adjuntó resultado de la biopsia y la historia clínica.

Así entonces, no solo existe incapacidad médica de varios días previos a la terminación de la relación laboral, sino que también se ha acreditado el consecuente tratamiento médico, como quiera que tal y como lo releva la historia clínica del Centro Nacional de Oncología S.A., inicio proceso post operatorio de control y seguimiento con especialista cirugía de mama y tumores de tejidos blandos, así como, especialista en oncología (Expediente electrónico, archivo PDF 01Demanda, pág. 115 a 119), de igual forma, también es relevante destacar que, la primigenia incapacidad fue prorrogada por periodos de 30 días hasta el 05 de febrero de 2020 (Expediente electrónico, archivo PDF 01Demanda, pág. 120, 127 a 129, 141, 142, 176, 198; PDF 07ReformaDemanda, pág. 33 a 38,), también se evidencia que, el 21 de marzo, 10 de mayo, 06 y 16 de junio de 2019, se dispuso por parte de los médicos tratantes, entre otros, poliquimioterapias de alto riesgo, consultas de control por especialista y médico general, plan terapéutico para mujeres mastectomizada (fisioterapia y psicología), seguimiento de nutrición y dieta, y a su vez le fueron prescritos varios medicamentos (Expediente electrónico, archivo PDF 01Demanda, pág. 124 a 125, 131 a 140, 157 a 159, 164 a 175. 177 a 181).

Ahora bien, conforme con lo hasta aquí expuesto, no queda manto de duda que, la situación médica diagnosticada a la quejosa, impedía sustancialmente ejecutar la labor o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, pues no de otra forma se entiende que para para el finiquito del contrato de trabajo se encontrara incapacitada y en tratamiento, en razón a que desde la fecha en que se le diagnosticó su patología, a saber 17 de octubre de 2018, requirió de intervención quirúrgica que la ha mantenido incapacitada desde el 26 de febrero de 2019, misma que ha sido prorrogada de manera ininterrumpida hasta el 12 de marzo de 2020, conforme con lo que se acredita en el informativo, y en razón de ello, ha venido recibiendo tratamiento médico por diferentes especialidades entre ellas, medicina general, especialista cirugía de mama y tumores de tejidos blandos, especialista en oncología, fisioterapia, psicología y nutrición; intelección ésta que no puede ser desestimada o echada de menos porque la parte actora al momento de la finalización del vínculo laboral no tenía un grado de mengua laboral que le impidiera sustancialmente ejercer su actividad de cuidadora de adulto mayor, como erradamente lo coligió la Juez de primer grado para desestimar el aludido fuero de salud, pues siguiendo los derroteros expuestos por la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es necesario que la condición de discapacidad esté reconocida en un dictamen o que se le identifique de esa manera en un carné, lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, como se expuso en sentencia SL 2797 de 2020 y como acertadamente ha sido expuesto por el apoderado recurrente.

Todo lo anterior permite concluir:

(i) Las patologías sufridas por la parte actora le impiden o dificultan ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto se encontraba incapacitada y en tratamiento médico dada su condición de salud por la patología de cáncer de mama, (iii) el acaecimiento de este hecho, fue conocido por la empleadora hoy demandada, en tanto, existe confesión, al aceptar que el 11 de febrero de 2019 se le puso en conocimiento el estado de salud de la trabajadora, dado que le fue aportada la historia clínica y el resultado de la biopsia, las que fueron de su total comprensión y entendimiento, en vista de condición de profesional en el área de

la medicina; (iv) adicionalmente, la práctica de la cirugía se realizó con anterioridad al finiquito del vínculo, por lo anterior, era claro que ella debió tolerar o autorizar el permiso correspondiente para que la trabajadora asistiera al procedimiento médico.

Las anteriores consideraciones, conllevan a presumir que el finiquito del vínculo laboral de la promotora del juicio, tuvo lugar por los quebrantos de salud por ella padecidos, por lo que le corresponde entonces a la enjuiciada demostrar que la terminación del mismo, se produjo por una causa objetiva, es así como, verificada la carta de terminación que el empleador puso de presente a la trabajadora, se desprende que la finalización del laborío se edificó bajo lo dispuesto en el literal c) del artículo 61 del CST, esto es, por expiración del plazo fijo pactado, presentando para el efecto, el preaviso del artículo 46 ibidem.

Para efectos de determinar lo anterior, tenemos que el contrato de trabajo suscrito entre las partes, fue a término fijo a un año, el que inició el 1 de marzo de 2016 y al no haberse terminado mediante aviso escrito, se prorroga por un periodo igual, es decir del 1 de marzo de 2017 al 28 de febrero de 2018, fecha en la cual opera la primera prórroga; la segunda prórroga debe entenderse del 1 de marzo de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019, siendo ello así, el empleador en los términos del numeral 1 del artículo 46 del C.S.T., debió dar aviso por escrito a la promotora de la contienda, con una anticipación de 30 días, sobre la terminación del vínculo contractual a partir del 28 de febrero de 2019, aduciendo la expiración del plazo fijo pactado, sin embargo, al plenario se allegó comunicación adiada 26 de enero de 2016, que no cuenta con firma de recibido de la señora Gutiérrez, y si bien, este escrito cuenta con la anotación *"Entregado a la trabajadora el 27 de enero/19 no firma el recibido"*, lo cierto, es que este hecho no se encuentra acreditado o soportado con ninguno de los medios recaudados en este juicio; ahora bien, fue allegada factura de envío de esta misiva con fecha 29 de enero de 2019, pese a ello, no se cuenta tampoco con la constancia de su recepción por parte de su destinataria (Expediente digital, PDF 06ContestacionDemanda, pág. 18 a 20), tan solo se cuenta con la confesión de la señora Gutiérrez, la que da cuenta que este escrito tan solo fue recibido el 2 de febrero de 2019, conforme lo narrado en el hecho décimo de la reforma del libelo genitor (Expediente digital, PDF 07ReformaDemanda, pág. 2).

Conforme lo anterior, si bien la enjuiciada esgrimió una causa legal de terminación del contrato de trabajo, también lo es que, el preaviso no fue presentado dentro de la oportunidad dispuesta en el artículo 46 del C.S.T. y también se debió solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para su culminación, pues a pesar de no contar la trabajadora para esta data, con recomendaciones, si se encontraba con incapacidades médicas y en controles médicos para el tratamiento de cáncer de mama, siendo claro entonces que para el 28 de febrero de 2019, dicho diagnóstico no había desaparecido, contrario a ello persistieron en la humanidad de señora Blanca Cecilia Gutiérrez, al punto que, con posterioridad a esta calenda continuó presentando incapacidades ininterrumpidas y prolongada hasta el 12 de marzo de 2020, de igual forma, continuó con tratamiento médico por diferentes especialidades entre ellas, medicina general, especialista cirugía de mama y tumores de tejidos blandos, especialista en oncología, fisioterapia, psicología y nutrición, conforme fue referenciado de forma pretérita.

Ahora, sí la Sala pasará por alto ese aspecto y diera por sentado que el contrato terminó por la expiración del plazo fijo pactado, esto es bajo una causal legal, la conclusión no sería distinta, pues, como se dijo en líneas precedentes, la demandante contaba con una especial protección constitucional debido a su condición de salud, conocida durante el decurso laboral por la empleadora, por lo que la estabilidad laboral reforzada

adquiere la connotación de ser un derecho cierto y en esa medida no podía ser objeto de desconocimiento por la encartada.

Es preciso indicar que sentencia C-531 de 2000, declaró condicionalmente exequible un aparte del artículo 26 de la ley 361 de 1996, bajo el entendido que el despido o la **terminación del contrato** de trabajo por razón de la limitación del trabajador "*no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización*". Al respecto, se debe hacer notar que el artículo 26 de la ley 361 de 1997 no solo indica que se requiere del permiso del Ministerio del Trabajo en los casos de despido de trabajador, sino que es también obligación del empleador contar con su autorización cuando se pretenda terminar el vínculo laboral del trabajador sujeto de protección por la aludida causa. Así tenemos que por expreso mandato Constitucional y legal era deber del empleador solicitar y obtener por parte de la oficina de trabajo hoy Ministerio de Trabajo, permiso para terminar el contrato de trabajo de la promotora de la litis, situación que en el caso de autos no se evidencia, pues, no obra dentro del plenario constancia de trámite ante la entidad administrativa.

Conforme a lo expuesto, corresponde entonces revocar la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo del 28 de febrero de 2019.

Ahora bien, en sede de tutela, el Juzgado Diecisiete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá el 5 de abril de 2019, dispuso el reintegro transitorio de la accionante, sentencia que fue confirmada por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Conocimiento en sentencia del 26 de junio de la misma anualidad (Expediente digital, PDF 01Demanda, págs. 33 a 66), razón por la cual, la señora Blanca Marcela Bermúdez en calidad de empleadora debió reintegrar a la accionante, sin embargo, el mismo no se hizo efectivo, como quiera que la convocada a la Litis en su contestación señala que el mismo no se pudo realizar en la medida que la interesada nunca se reincorporó por supuestas incapacidades, las cuales si se encuentran acreditadas en el presente juicio.

Teniendo en cuenta que el amparo constitucional fue concedido de manera transitoria, conforme con lo expuesto en esta providencia, se debe disponer que se restituyan las cosas al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo, para lo cual resulta indispensable el consecuente **reintegro definitivo** de la trabajadora al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud.

En esa medida, se sigue condenar a la demandada al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral dejados de percibir desde su vinculación y hasta el momento en que se produzca su reintegro, Así mismo, se ordenará el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, la cual, seguidamente se liquidará y previo al estudio de la excepción de prescripción que propuso la encartada.

5. Excepción de prescripción. El artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En el caso de marras la Sala observa que los efectos definitivos del reintegro que reclama el demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es decir, 28 de febrero de 2019 y como quiera que la demanda fue interpuesta el 5 de agosto de 2019, conforme da cuenta acta de reparto con secuencia 18026, es claro que no

opera el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada.

6. Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997). En relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta procede por el solo hecho de habersele terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago “*sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren*”.

En ese sentido, basta con traer colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.[\[95\]](#) De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes." (SU-049 de 2017)

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de \$6.168.000, teniendo como salario el definido en primera instancia, como quiera que frente a dicha declaración no existió ninguna disquisición, esto es, **\$1.028.000**.

Indemnización 180 días de salario			
Año	Salario	Días	Valor
2019	\$ 1.028.000	180	\$ 6.168.000
Total			\$ 6.168.000

7. Indexación. Los valores hasta aquí ordenados deberán ser indexados desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, esto es, teniendo como IPC inicial el 1 de marzo de 2019 y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

8. Aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones. Frente a esta pretensión, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el

8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Conforme a lo anterior, se evidencia que no existe prueba que permita colegir el pago de los aportes en pensión desde el inicio de la relación laboral, ahora, la encartada argumentó que, para la fecha en la que ingresó a laborar la accionante, contaba con 55 años de edad y no tenía historia pensional, por lo que se encontraba imposibilitada para completar las semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez, conforme lo establece el artículo 2 del literal b) del Decreto 758 de 1990, norma que no se ajusta a la situación particular de trabajadora, en la medida que ella al inicio de esta vinculación no se iba a inscribir por primera vez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, dado que, conforme el reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado al 25 de julio de 2019, empezó a efectuar cotizaciones en Colpensiones el 1 de abril de 2007 (Expediente digital, PDF 01Demanda, págs. 210 a 213), entonces, al no encontrarse los supuestos normativos, no existe asidero alguno para la señora Marcela Bermúdez se haya sustraído del pago de estos aportes.

Ahora, en relación con la supuesta omisión en el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud, se evidencia que la señora Blanca Marcela Bermúdez ha sufragado las cotizaciones por este concepto, no solo durante el inicio de la relación laboral, sino desde que se impartió la orden de reintegro por el juez constitucional y así lo permite evidenciar los certificados de aportes al sistema de protección social visibles al informativo (Expediente digital, PDF 06ContestacionDemanda, págs. 61 a 65), así las cosas, no se impartirá condena por este concepto.

En ese sentido, se **CONDENARÁ** a la demandada a pagar, previo cálculo actuarial y liquidación que realice el fondo de pensiones a las que se encuentre afiliada la demandante, los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización a pensión a partir del 1 de marzo de 2016 hasta el 30 de septiembre de 2023, durante el citado lapso, cuyo IBC para dicho hito temporal será la suma de \$1.000.000 para el año 2016 y \$1.028.000 para los años 2017 a 2022 y para el año 2023 el correspondiente al salario mínimo, que resulta ser superior al último salario demostrado y se absolverá respecto a los aportes en salud.

En lo atinente al descuento del porcentaje que le correspondía sufragar a la demandante por concepto de aportes a pensión, ha de advertirse el mismo no procede y, por ende, corresponde a la accionada sufragar la totalidad del aporte, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

"Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).

Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.

(...)

En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.

De ahí, que el Juez de alzada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera”.

9. Sanción por no pago de intereses a las cesantías. Cumple recordar que de conformidad con el numeral 3 del artículo 1º de la Ley 52 de 1975, el empleador que no pague al trabajador los intereses establecidos deberá cancelarle a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses a las cesantías causados. En tal virtud, pretende la parte demandante se imparta condena por este concepto, ante la omisión de pago frente al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías, causado desde la fecha del despido, por lo anterior, se tiene que, dentro del plenario únicamente se acreditó el pago de esta prestación causada en el año 2018 (Expediente digital, PDF 06ContestacionDemanda, pág. 51), no así frente a las causadas en los años subsiguientes, por ello, se condenará a la llamada a juicio al pago de **\$493.612,80** a título de indemnización, conforme la siguiente liquidación:

Sanción no pago intereses a las cesantías						
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días Liquidados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2019	\$ 1.028.000	\$ 0	\$ 1.028.000	360	\$ 1.028.360	\$ 123.403,20
2020	\$ 1.028.000	\$ 0	\$ 1.028.000	360	\$ 1.028.360	\$ 123.403,20
2021	\$ 1.028.000	\$ 0	\$ 1.028.000	360	\$ 1.028.360	\$ 123.403,20
2022	\$ 1.028.000	\$ 0	\$ 1.028.000	360	\$ 1.028.360	\$ 123.403,20
Total sanción intereses sobre las cesantías						\$493.612,80

10. Pretensiones subsidiarias. Ante la prosperidad de las pretensiones principales, se relevará la sala del estudio de los argumentos formulados por el recurrente, en lo que se relaciona con la solicitud de la indemnización por despido sin justa causa, como quiera que esta corresponde a una petición subsidiaria.

11. Costas. En ambas instancias a cargo de Blanca Marcela Bermúdez y en favor de Blanca Cecilia Gutiérrez.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de mayo 2022, por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia

de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral, por lo que debe proceder a reintegrar definitivamente a la trabajadora al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a la demandada **BLANCA MARCELA BERMÚDEZ** al reintegro de **BLANCA CECILIA GUTIÉRREZ**, sin solución de continuidad, a un cargo de igual o superior categoría, conforme sus condiciones de salud y a **cancelarle** los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, dejados de percibir entre el 28 de febrero de 2019 y el momento del reintegro efectivo al cargo. Sumas que deberá cancelar debidamente indexadas de conformidad con los criterios expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: CONDENAR a **BLANCA MARCELA BERMÚDEZ** a pagar a favor de la señora **BLANCA CECILIA GUTIÉRREZ**, las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$6.168.000** por concepto de la indemnización consagrada en el 26 de la Ley 361 de 1997, que deberá cancelar debidamente **indexada**.
- b) **\$493.612,80** por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías.

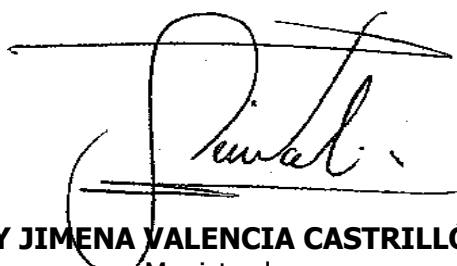
CUARTO: CONDENAR a **BLANCA MARCELA BERMÚDEZ**, previo cálculo actuarial y liquidación que realice Colpensiones, los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización a pensión durante el 1° de marzo de 2016 al 30 de septiembre de 2023, teniendo en cuenta como IBC \$1.000.000 para el año 2016 y \$1.028.000 para los años 2017 a 2022 y para el año 2023 el correspondiente al salario mínimo.

QUINTO: CONDENAR en costas en ambas instancias. Las de primera tásense.

SEXTO: ABSOLVER a **BLANCA MARCELA BERMÚDEZ** de las demandas pretensiones incoadas en su contra.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
Aclara Voto

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **BLANCA CECILIA GUTIÉRREZ** y a cargo de la demandada **BLANCA MARCELA BERMÚDEZ** en la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: SUMARIO LABORAL
Demandante: SERGIO ANTONIO MORENO
Demandada: CAFESALUD EPS S.A. LIQUIDADA
Radicación: 110012205-000-2023-00962-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA –GASTOS MÉDICOS -CONFIRMA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

Se decide de plano la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2018, por la Superintendencia Nacional de Salud.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Sergio Antonio Moreno presentó solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud con el propósito de que se ordene el reconocimiento económico derivado de los gastos en que incurrió por concepto de quimioterapia por valor de \$2.330.789.

Como fundamento de su pretensión señaló en síntesis que fue diagnosticado con cáncer mieloma múltiple, razón por la que le programaron cuatro quimioterapias, de las cuales tres se lograron realizar de manera exitosa, ya que la última no fue efectuado dado a que el convenio que suscribió la EPS accionada con la Clínica San Diego finalizó. Refirió que con ocasión a ello tuvo que acudir al servicio médico particular a efectos de dar continuidad a su plan médico, adquiriendo el medicamento Bortezomib 3.5 mg, cuyo costo ascendió a la suma de \$2.330.789. (Expediente digital, PDF 1 DEMANDA).

2. Contestación de la demanda. Dio contestación oponiéndose a la pretensión de la demandada, argumentando que el accionante reporta estado de afiliación vigente al sistema general de seguridad social en salud en calidad de cotizante. Indicó que la solicitud de reembolso elevada por el actor fue negada en razón al incumplimiento de los requisitos exigidos por la Resolución 5261 de 1994, para dicho fin. En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de violación a un derecho fundamental, ausencia del cumplimiento de los requisitos legales que impiden efectuar el reembolso, del funcionamiento y responsabilidades de las entidades promotoras de salud en el SGSSS y genérica. (Expediente digital, 3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA).

3. Decisión de Primera Instancia. La Superintendencia Nacional de Salud profirió fallo el 11 de diciembre de 2018, en el sentido de acceder a las pretensiones de la demanda, ordenando a la encartada reconocer y pagar la suma de \$2.330.789. Sin embargo, solo envió el expediente a esta corporación para surtir la apelación hasta el 8 de septiembre de 2023.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, la juez de primer grado tuvo por acreditado que el accionante se encontraba afiliado efectivamente a la EPS durante el

periodo de prestación de los servicios de salud, por lo que la obligación de aseguramiento se encontraba vigente para la fecha de los hechos. Así mismo, corroboró la existencia de las órdenes médicas para la realización del quinto ciclo de quimioterapia y el suministro de 4 dosis del medicamento Bortezomib 3.5. mg, mismo que, aunque fue autorizado, la encartada no autorizó su entrega, teniendo que acudir el accionante a la formulación de acción de tutela, orden judicial que también fue desentendida.

Con todo lo anterior, evidenció el completo desinterés de la convocada a juicio en atender las obligaciones de aseguramiento y una falta absoluta de diligencia en la satisfacción de las órdenes médicas y judiciales, de ahí que consideró una negligencia total frente al afiliado, debiendo por tanto acceder a la pretensión expuesta en el libelo introductor. (Expediente digital, PDF 4 SENTENCIA).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **accionada** interpuso recurso de apelación argumentando que no se encuentra obligada a reconocer el pago de aquellos reembolsos por concepto de servicios de salud que no fueron autorizados ni suministrados por sus prestadores. Indicó que contaba con una red de prestadores que garantizaba el suministro y prestaciones de los diferentes servicios de salud requeridos para el tratamiento de la patología del afiliado, de manera que, cuando el usuario no hace uso de los servicios ofrecidos por la EPS y en su lugar decide acudir a una institución o un médico particular, los costos generados para atender dicha atención deben ser asumidos con su propio peculio.

Reiteró que la solicitud de reembolso radicada por la parte demandante no cumple con los requisitos de la Resolución 5261 de 1994, razón por la que solicita se revoque el fallo de primer grado, máxime cuando fue un medicamento autorizado y entregado y que con posterioridad de forma voluntaria realizó la compra, teniendo de presente que la entidad venía prestando el servicio farmacéutico.

Así las cosas, procede la Sala a desatar la alzada, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la accionada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPT y SS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente: ¿Erró la A quo al considerar que Sergio Antonio Moreno tiene derecho al reconocimiento del reembolso de los gastos médicos en que incurrió, como consecuencia de encontrar negativa injustificada y negligencia por parte de la EPS en el suministro del medicamento que requería como consecuencia de la orden médica que expidió el galeno especialista tratante?

3. Competencia del Tribunal para conocer de los procesos adelantados ante la Superintendencia. En primer lugar, es necesario indicar que la presente acción se inició con base en lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 del 2007 que faculta a la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo establece el artículo 116 de la Constitución Nacional, para conocer y fallar en derecho con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez; norma que fue adicionada por el artículo 126 de la

Ley 1438 del 2011, que dispuso que la Superintendencia conocerá y decidirá sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o del empleador. Y se debe señalar que, conforme al numeral 1º del artículo 30 del Decreto 2462 de 2013, este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la accionada, en tanto su domicilio corresponde a la ciudad de Bogotá.

4. Reembolso de gastos médicos. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, cumple destacar por la Sala que en términos del artículo 49 de la Constitución política, el derecho fundamental a la salud tiene una doble connotación, pues por un lado está regulado como un derecho constitucional autónomo e independiente, pues comporta que todo ser humano pueda “*–mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser¹⁴*”; y por otro, en un servicio público de carácter esencial, correspondiéndole por ello al estado no solo organizar, sino además reglamentar su prestación, según los fines de eficiencia, universalidad y solidaridad. En ese sentido, es quien debe promover y facilitar el acceso de todos los ciudadanos a los servicios óptimos de salud, a los programas de prevención y promoción y a la atención médico asistencial de profesionales de la salud que respondan a las necesidades de los pacientes, así como prestar una atención integral al paciente.

Es por ello que conforme con lo establecido en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, el legislador encomendó a las Entidades Promotoras de Salud la función primordial de garantizar la prestación del plan de beneficios de salud de los afiliados, prestando directamente o contratando los servicios de salud con las instituciones prestadoras de salud, quienes a su vez, en virtud de lo dispuesto en el artículo 185 de esta misma preceptiva, deben prestar los servicios en el nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los principios básicos de calidad, continuidad y eficiencia.

Bajo tal contexto, las Entidades Promotoras de Salud tienen la función primordial de garantizar la prestación del plan de beneficios de salud de los afiliados y de disponer una red de servicios, quienes a su vez tienen la responsabilidad de prestar los servicios de salud, siendo un trabajo mancomunado y coordinado entre aquellas, todo en aras de garantizar atención de manera continua, oportuna y eficiente.

De manera que cuando aquella no atienda esos postulados y, por tanto, los usuarios del subsistema de seguridad social en salud tengan que asumir gastos por la prestación de los servicios de salud, estos tendrán derecho a que su EPS le reconozca los gastos que haya incurrido, siempre que hayan concurrido los siguientes presupuestos, en los términos del artículo 14 de la Resolución núm. 5261 de 1994 y literal b, del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007:

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.
2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.

¹⁴ Sentencia de Tutela No. 0001 de 2018 con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger

3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

Ahora bien, cabe destacar que frente al valor del reconocimiento que la EPS tenga que hacer como consecuencia de hallarse demostrados tales presupuestos, el artículo 14 de la Resolución núm. 5261 de 1994, señala que "*Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público*", los cuales se encuentran en el denominado Manual Tarifario de Salud, conocido como Valor Tarifas SOAT, derivados del Decreto 2413 de 1996. Esta última preceptiva establece los costos de los procedimientos médicos, quirúrgicos y hospitalarios, en que se incluye las tarifas establecidas en salarios mínimos legales diarios vigentes.

5. Caso en concreto. De cara a los supuestos esbozados, en lo que concierne a la atención, está demostrado que la IPS Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego CIOSAD S.A.S., le dispensó el servicio médico al demandante como consecuencia del diagnóstico Mieloma Múltiple, oportunidad en la que el galeno tratante, como plan de manejo, ordenó el suministro del medicamento denominado Bortezomib 3.5. MG, cantidad requerida "4", teniendo como fundamento "NO CANDIDATO A QUIMIOTERAPIA INTENSIVA, NI A TRASPLANTE DE MÉDULA ÓSEA, REQUIERE MANEJO CON ESQUEMA VISTA MODIFICADO EL CUAL NECESITA USO DE BORTEZOMIB SE ORDENA"; sin que de entrada se evidencie por la Sala que tal disposición médica haya sido materializada integralmente por parte de la EPS accionada, pues, contrario a lo argüido por aquella como fundamento de la impugnación, no existe medio de convicción tendiente a probar que en efecto le fue entregado la última dosis del medicamento requerido al actor.

Lo anterior, en tanto que tampoco se halla constancia ni justificación tendiente a demostrar el motivo de la desatención del servicio de salud previamente ordenado por el galeno tratante. Por el contrario, lo que se evidencia es que el actor acudió a la Liga Colombiana Contra Cáncer, para que le fuere entregado la última dosis del medicamento señalado en precedencia, cancelando con su propio patrimonio el valor de este y aun cuando existía una orden emitida por un juez constitucional, misma que también fue desatendida por la convocada a juicio.

Con ello y en aras de resolver la cuestión que pone de presente la censura, la Sala advierte que en lo que atañe a la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS accionada, ésta aduce que cuenta con una amplia red de prestadores de servicios que garantizan el suministro del servicio, de manera que el actor en forma injustificada y caprichosa decidió renunciar a esos servicios para acceder de manera particular. No obstante, tal aseveración debe ser desestimada, pues, como se dijo en líneas atrás expuestas, la llamada a juicio no allegó medio de convicción tendiente a demostrar que ofreció oportunamente la institución prestadora de salud, para la entrega de la última dosis del medicamento requerido, pese al requerimiento que elevó el actor, aspecto que no controvierte la accionada, sin que exista en el plenario acreditada con suficiencia alguna justificación o motivo de su renuencia.

Es del caso precisar que en el presente asunto no se halla satisfecha una de las dimensiones del derecho fundamental a la salud y que se expuso con anterioridad, esto es, la prestación efectiva, real y oportuna del servicio médico, toda vez que el gestor del proceso al ser un paciente con diagnóstico de cáncer, requería oportunidad y continuidad en el tratamiento médico, por tanto, debió prestar los servicios de salud

de manera eficiente y efectiva, en aras de garantizar un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida.

A lo que se suma el argumento esgrimido por la convocada a juicio no resulta suficiente para socavar la sentencia de primer grado, ya que el actor al plantear en su escrito inicial una negación indefinida en relación a que no le fue suministrada la última dosis del medicamento ordenado por el galeno especialista por negligencia de la EPS, debió la demandada acreditar la disponibilidad en la IPS para llevar a cabo su entrega, pues recuérdese que las negaciones indefinidas no requieren prueba conforme lo establece el artículo 167 del CGP, de manera que la convocada tenía la carga de demostrar que no solo contó con la red de prestador para el servicio, sino, además, que tenía la disposición para entregar el medicamento. No obstante, del material probatorio obrante en el expediente, no se advierte acreditada esa circunstancia, solo se encuentra el propio dicho de la pasiva, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella.

Bajo ese entendido, considera la Sala que, contrario a lo aducido en la alzada, en el presente caso sí se encuentran acreditados los presupuestos establecidos por la Resolución 5261 de 1994, para la procedencia del reembolso, pues en el examine se configura la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con el usuario, debiéndose mantener incólume la sentencia de primer grado.

Por último, teniendo en cuenta que la pasiva formuló escrito de impugnación contra fallo de primer grado el 11 de enero de 2019, el cual solo fue resuelto por medio de auto del 19 de marzo de 2020 y remitido a este Tribunal hasta el 8 de septiembre de 2023, es decir, pasado más de cuatro años desde de la radicación de la alzada, sin ni siquiera explicar los motivos que soporten su demora, conlleva indefectible a la Sala conminar a la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación que en lo sucesivo atienda el carácter sumario y expedito que rigen en la acción y en esa medida de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, esto es, presentada debidamente la impugnación por las partes y vencido el término de tres días con cuentan, envíe inmediatamente el expediente judicial, para que este Tribunal surta la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2018 por la Superintendencia Nacional de Salud, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONMINAR a la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación que en lo sucesivo atienda el carácter sumario y expedito que rigen en la acción y en esa medida de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, esto es, presentada debidamente la impugnación por las partes y vencido el término de tres días, remita inmediatamente el expediente judicial, para que este Tribunal surta la alzada.

TERCERO: COMUNICAR a las partes el presente fallo por el medio más expedito, conforme al artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

CUARTO: DEVOLVER el expediente a la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, una vez agotado el trámite de rigor.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *EDWARD MUÑOZ SILVA*
DEMANDADO: *PORVENIR S.A.*
RADICACIÓN: *110013105-035-2021-00458-02*
ASUNTO: *CONSULTA*
TEMA: *PENSIÓN DE INVALIDEZ - ENFERMEDAD DEGENERATIVA*

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor Edward Muñoz Silva a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare y reconozca la pensión de invalidez, las mesadas causadas desde el 28 de febrero de 2015, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante dictamen No 8403 del 23 de julio de 2014 expedido por Porvenir S.A. se determinó una PCL del 66.45% de origen común y con fecha de estructuración el 06 de noviembre de 2013; que la patología calificada corresponde a una enfermedad degenerativa, crónica, catastrófica y ruinosa; que el 20 de octubre de 2020 solicitó ante Porvenir S.A. el reconocimiento pensional, pero le fue negada a través de oficio No 0100222108265300, reconociéndole la devolución de saldos; que no se tuvo en cuenta por la AFP Porvenir S.A. que las semanas para estructurar el derecho deben ser a partir de la emisión del dictamen de calificación o de la última semana efectivamente cotizada; que la última cotización fue el 28 de febrero de 2015, por lo que, de allí tres años hacia atrás cuenta con más de 50 semanas que exige la norma, con el cual, le asiste derecho a la prestación junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. (Fols. 1 a 06 archivo No 01).

2. Contestación Porvenir S.A.: Debidamente notificada (Archivos No 7, 8 y 9), se le tuvo por no contestada mediante auto adiado el 02 de marzo de 2022 (Fol. 1 a 2 archivo No 010), dado que no presentó escrito de contestación.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de marzo de 2023, mediante la cual el Juzgado de origen absolvió a la demandada Porvenir S.A. de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el demandante, gravándolo en costas procesales (fls. 1 a 2 archivo No 28 y audiencia virtual archivo No 27).

Partió la a quo planteando el problema jurídico en resolver, el cual consistió en determinar si le asiste derecho a la pensión de invalidez.

Consideró que no era objeto de disenso el que el actor fue calificado con una PCL del 66.45% con fecha de estructuración del 06 de noviembre de 2013, y que la normatividad aplicable lo era el artículo 69 de la Ley 100 de 1993, el cual remite a los artículos 38 a 41 del mismo cuerpo normativo, según el cual, le asiste derecho a la pensión de invalidez a quien haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Bajo el anterior panorama, adujo que la discusión planteada en la demanda es la de tener en cuenta las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, en razón a que el actor cuenta con una enfermedad de carácter crónico, para lo cual, dijo que si bien la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que puede tenerse en cuenta las semanas posteriores a la estructuración de la invalidez bajo la tesis de la capacidad laboral residual, no podía encajar tal tesis en el caso concreto, ya que la invalidez del actor fue producto de un accidente de origen común y no de una enfermedad catalogada como crónica por la OMS. En ese sentido, solo era procedente verificar si cumplía con las 50 semanas anteriores a la estructuración (06 de noviembre de 2013), para lo cual concluyó que conforme el reporte de semanas cotizadas no logró acreditar el número mínimo de semanas, sin indicar a cuantas ascendían.

Finalmente, tuvo en cuenta las semanas de cotización realizadas por el empleador Hildebrando Parra Guantiva, a pesar de que su pago fue extemporáneo, ello conforme lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4115-2018 y SL3300-2021; sin embargo, descartó las semanas que realizó el actor como independiente pretendiendo sean contabilizadas en el año 2013, pero sufragadas en el año 2017, ya que para el caso de los independientes las cotizaciones extemporáneas se cargan a periodos futuros y no de manera retroactiva, ello con fundamento en lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2503-2016.

Así las cosas, concluyó que al no cumplir con la densidad de semanas requeridas, se debía absolver a la demandada de las suplicas del actor, gravándolo en costas.

4. Grado jurisdiccional de consulta. Ninguna de las partes presentó inconformidad, por lo que, fue enviado el proceso al Tribunal para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que logró demostrar con las pruebas aportadas y practicadas en el trámite, que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, generado la pensión de invalidez a partir del 28 de febrero de 2015, fecha de su última semana de cotización.

5.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones refirió que el actor no acreditó 50 semanas previas a la estructuración de invalidez y no está demostrado que la misma provenía de una enfermedad congénita, crónica o degenerativa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. El grado jurisdiccional de consulta se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS, que consagra que la decisión de primera instancia adversa a la parte demandante se revisará en su integridad.

2. Problema jurídico. Los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, consisten en dilucidar: ¿Cumple el demandante con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, teniendo en cuenta el concepto de capacidad laboral residual?, en caso positivo, ¿Hay lugar al pago de intereses moratorios y subsidiariamente indexación?

3. Pensión de invalidez – capacidad laboral residual. Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral No 8403 datado el 23 de julio de 2014, le asignó una PCL del 66.45%, con fecha de estructuración del 06 de noviembre de 2013 (Fols. 29 a 30 archivo No 01); (ii) Que su última cotización al sistema fue para el periodo de febrero de 2015 (Fols. 3 archivo No 24); (iii) Que solicitó la pensión de invalidez el 02 de octubre de 2014, y le fue negada por Porvenir S.A. el 13 de julio de 2015, con sustento en que, *"en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez del señor Muñoz es (6 de noviembre de 2013) no cotizó las 50 semanas exigidas por la normatividad vigente"* (fols. 30 y 33 archivo No 24).

Así las cosas, en línea de principio teniendo en cuenta que el dictamen médico de PCL realizado por MAPFRE el 25 de abril de 2014 (Fols. 29 a 30 archivo No 01) indica que el estado de la invalidez se estructuró el 06 de noviembre de 2013, es dable concluir que la norma aplicable al presente caso es la Ley 860 de 2003, que a su vez modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual señala como requisitos para acceder a la pensión de invalidez de origen común el haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Al aplicar la norma al caso concreto se encuentra que el afiliado debe cumplir con las 50 semanas en el periodo comprendido entre el 06 de noviembre de 2013 al 06 de noviembre de 2010 y revisado el reporte de semanas se observa que cuenta con **48.57** semanas cotizadas en este interregno de tiempo (Fols. 3 a 4 archivo No 24), por lo que, no cumple el mínimo de semanas requeridas.

Ahora, el apoderado judicial del actor sostiene que debe tenerse en cuenta para efecto de la acreditación de las 50 semanas en los últimos 3 años, los aportes que se efectuaron con anterioridad a la última cotización, bajo el entendido que a partir de allí se estructuró la pérdida de capacidad laboral, ello en razón a que el diagnóstico de *"secuelas trauma raquimedular"* constituye una enfermedad de carácter crónico, que amerita tener en cuenta las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Al respecto, ciertamente la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T- 054 de 2012, asunta la posibilidad de contar las semanas cotizadas entre la fecha de estructuración de la invalidez y la fecha de calificación de la misma o hasta la última cotización; no obstante, cumple precisar que tal postura se aplica a casos excepcionales, tratándose de enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas, siempre y cuando las cotizaciones sean producto de la capacidad laboral residual que

posiblemente le permitió desempeñar una labor y, en esa medida, trabajar y cotizar, tal como se dejó sentado en la sentencia SU 588 de 2016.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3275 de 2019, en la que sigue la misma línea de razonamiento que la Corte Constitucional fijó en la sentencia SU-588 de 2016, respecto de la pensión de invalidez y la fecha de estructuración en tratándose de enfermedades crónicas, degenerativas y/o congénitas, precisó:

"Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

*Ahora bien, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, **su historia laboral**, entre otras, pues precisamente en razón a que **el afiliado puede trabajar** y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, **es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida**"*

(...)

*En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, **incluso, la data de la última cotización efectuada**, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario" (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

Del mismo modo, la Corte Constitucional en sentencia T-013 de 2015 ha delineado respecto a la capacidad laboral residual que: *"En ese sentido, la exigencia de que no se advierta ánimo de defraudar al sistema, **pretende que el operador normativo verifique que los aportes realizados** realmente correspondan a la prestación de una labor, **ya sea material o intelectual**, que implique un esfuerzo personal y que derive en un beneficio de cualquier tipo para quien lo ejecuta, como lo es, por ejemplo, el salario"* (Negrilla fuera del texto).

En este punto, sea preciso traer a colación la sentencia SL2772-2021, en la que se hace el andamiaje normativo respecto de las enfermedades de carácter crónico, en la que adoctrina:

*"Ahora, según la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de Salud (OPS), debido a sus características, **las enfermedades de tipo «crónico» son de larga duración y progresión** generalmente lenta, y se catalogan como una patología para la cual «aún no se conoce una solución definitiva y el éxito terapéutico consiste en tratamientos paliativos para mantener a la persona en un **estado funcional**, mediante el consumo constante de fármacos (...); dichas*

enfermedades, hoy por hoy, son las causantes de la mayoría de muertes y de discapacidades mundiales».

(...)

*De acuerdo con la OMS, **encajan dentro de este grupo «las enfermedades cardíacas, los infartos, el cáncer, las enfermedades respiratorias y la diabetes»**, en tanto constituyen padecimientos y condiciones que, a pesar de tener manifestaciones clínicas diversas, comparten algunas características básicas comunes, como son su persistencia, el requerir manejo durante años o decenios y el hecho de que desafían seriamente la capacidad de los servicios de salud¹. Se caracterizan también por tener «estructuras causales complejas mediadas por múltiples condiciones de exposición, periodos de latencia largos, evolución prolongada, relativa incurabilidad, y carácter degenerativo» que, sin manejo adecuado, generan discapacidad o alteración funcional, con la consecuente pérdida de autonomía del sujeto afectado.*

(...)

En consecuencia, como quiera que la afección pertenece a tal grupo, resultaba procedente estudiar el asunto a la luz de la excepción a la regla general y, por tanto, era válido aplicar alguna de las tres fechas posibles para efectos de contabilizar las 50 semanas de cotización que exige la Ley 860 de 2003”

Así pues, teniendo en cuenta los anteriores derroteros legales y jurisprudenciales considera la Sala que la decisión de instancia se debe confirmar, pues si bien de la calificación de pérdida de capacidad laboral del actor, se infiere que se encuentra en un estado de deterioro en su salud, en tanto que presenta diagnóstico de “secuelas trauma raquímedular” (fol. 29 archivo No 01), ello *per se* no lo ubica como una persona que padece de una enfermedad de carácter congénita, crónica y degenerativa, pues la invalidez del actor fue producto de un accidente de origen común al “sufrir un accidente de tránsito” el 06 de noviembre de 2013, en la que “*Presentó trauma craneo encefálico moderado, hematoma epidural derecho, contusiones fronto parietales izquierdas, fractura de peñasco y escama temporal izquierda, trauma cerrado de torax, contusión pulmonar, hemotorax bilateral, neumotórax, derrame pleural bilateral y atelectasia, trauma torácico lumbar (...), quedando con paraplejia, déficit del control de tronco, anestesia de miembros inferiores y pérdida de control de esfínteres, depende en actividades básicas, se desplaza en sillas de ruedas, dependiente total. Controles de medicina general a domicilio, controles periódicos con Ortopedia, Urología y Medicina Interna. Paciente en el tercer mes de evolución de trauma raquímedular con metas de rehabilitación de independencia en silla de ruedas. (...) Paciente quien sufre politraumatismos secundarios a accidente de tránsito en calidad de motociclista, que deja secuelas funcionales definitivas motivo de calificación*” (Fol. 25 archivo No 024), es decir, que ello descarta de entrada para la Sala asumir como fecha de estructuración definitiva de la invalidez otra fecha diferente a la que se tuvo en cuenta en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, esto es, 06 de noviembre de 2013, pues la invalidez se causó por un accidente de origen común, cuyas secuelas no son producto de una enfermedad de carácter crónico sino de un accidente de tránsito, pero no se trata en estricto sentido de una enfermedad catalogada como “crónica”.

Para reforzar lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3913-2022, en un caso de similares contornos, precisó que no es procedente contar las semanas cotizadas con posterioridad a un accidente de tránsito

¹ Documento técnico del proyecto de desarrollo de autonomía para la prevención y control de las condiciones crónicas en el distrito capital plan de intervenciones colectivas. SDS. 2009.

bajo la postura relacionada con la capacidad laboral residual, en los siguientes términos:

"Precisado lo anterior, la Sala considera que la censura no tiene razón, puesto que el art. 1 de la Ley 860 de 2003 tiene claramente preestablecido el requisito de la densidad de cotizaciones para causar la pensión, tal y como lo entendió el juez colegiado, y la pérdida de capacidad laboral de la actora del 57.10% se derivó de un accidente de origen común que no le permitió volver a laborar, por tanto, la pérdida de capacidad laboral no provino de una enfermedad catalogada como crónica, degenerativa o congénita, tampoco de secuelas tardías, ni las cotizaciones fueron realizadas en virtud de un trabajo practicado después del accidente o de la fecha de estructuración que, para este caso, coinciden".

Así las cosas, en el sub examine nótese que desde el infortunio acaecido al actor el 06 de noviembre de 2013 quedó con "secuelas funcionales definitivas" (Fol. 27 archivo No 024), por lo que, desde esa data cuenta con un 66.45% de PCL, y en ese orden, no logra encajar en lo que refiere a una enfermedad de carácter "crónico" como lo establece la jurisprudencia nacional y de acuerdo a los criterios definidos por la OMS, y por ello, la pretensión del actor de estudiar su caso conforme a la tesis de la capacidad laboral residual no es procedente, por demás, porque las cotizaciones realizadas con posterioridad al accidente de tránsito (06 de noviembre de 2013 al 30 de febrero de 2015 con el empleador "Sintegraf Ltda" pueden corresponder a periodos de incapacidad e incluso nada obsta para que el actor como persona en condición de invalidez pueda seguir cotizando al sistema general de pensiones para cubrir el riesgo de vejez, pero en modo alguno puede sostenerse que son fruto de la capacidad laboral residual que haga imperioso el estudio y/o acreditación de las semanas requeridas para estructuración la pensión de invalidez, y por ende, considera la Judicatura que la decisión de la a quo se encuentra ajustada a derecho, lo que conlleva a su confirmación integral.

Finalmente, el actor realizó unas cotizaciones de manera independiente para los periodos julio, agosto, noviembre y diciembre de 2012, con las cuales pretende acreditar las 50 semanas en los últimos tres años; empero, sobre esto la Sala trae a colación la sentencia SL13077 de 2014 donde después de explicar lo atinente a las cotizaciones de los trabajadores independientes, concluye que *"los trabajadores independientes están obligados a efectuar su aporte 'por períodos mensuales y en forma anticipada', de manera que las 'novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente'; por tanto, las cotizaciones realizadas en forma 'extemporánea' si bien son eficaces, no surten efecto retroactivo"*.

En el mismo sentido, las sentencias de radicado 40106 del 25 de octubre de 2011, SL5081-2015, y SL5634-2016, adoctrinan sobre la imposibilidad de darle efecto retroactivo a las cotizaciones realizadas de manera extemporánea, además, tal como se dejó dicho al inicio de esta providencia, en los casos de capacidad laboral residual se debe verificar cada caso en particular para **"evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal"**, siendo necesario corroborar **"si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida"**, lo que desde ningún pódico podrían convalidarse las cotizaciones realizadas como independiente de manera

extemporánea y aplicarse de manera retroactiva solo para superar mínimamente las 50 semanas en los últimos tres años.

En consecuencia, sin que haya más por resolver, hizo bien la cognoscente de instancia en impartir absolución a Porvenir S.A. de las súplicas incoadas por el actor, dando por probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la entidad demandada.

5. Costas. Sin costas de segunda instancia, ya que se resolvió en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

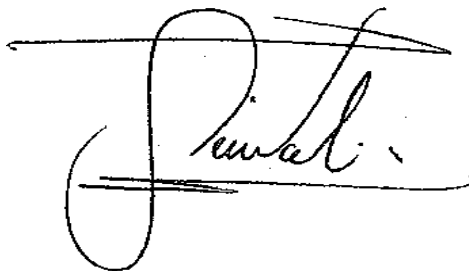
PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones vertidas en la parte considerativa de la presente providencia.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUIS FELIPE HERNÁNDEZ PACHECO
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-038-2021-00513-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- ADICIONA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luis Felipe Hernández Pacheco instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A., con el fin de que se declare que los fondos privados lo asesoraron de manera equivocada al afiliarlo a dichas entidades; que se declare que la AFP Protección S.A. omitió la obligación de asesorarlo respecto a la posibilidad de retornar al RPMPD; que se declare la nulidad o la ineficacia de la afiliación suscrita ante Porvenir S.A. y el demandante; en consecuencia, se ordene a Protección S.A. el traslado de la parte actora a Colpensiones, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas; así mismo, que se ordene a Colpensiones a activarlo en sistema de la entidad; se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas; lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 20 de febrero de 1962 y en el ISS, hoy Colpensiones, cotizó un total de 461 semanas; que de acuerdo con la información del historial laboral que reposa en la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, se evidencia que su afiliación por parte de la empresa Texas Petroleum Company fue desde el 01 de abril de 1994; refiere que el 14 de junio de 1994 se trasladó del ISS a el RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., y que posteriormente se trasladó el 19 de junio de 1996 a la administradora de pensiones Protección S.A.; que ninguna de las dos administradoras de pensiones le brindaron una asesoría clara, completa y veraz, sobre las ventajas y desventajas de realizar el cambio régimen pensional, como tampoco se le dejó claro las características del RAIS y su diferencia con el RPMPD; que el demandante solicitó a Colpensiones el traslado de régimen bajo el radicado No 2021_11278047, solicitud que fue rechazada mediante comunicación del 27 de septiembre de 2021. (Expediente digital, PDF 01DemandaOrdinaria20211026, Pág. 04 a 23).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico PDF 07NotificacionANDJE20220518); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones: En su respuesta la demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, argumentando que la afiliación al RAIS por parte del demandante, se realizó con plena voluntad del cotizante, quien, por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por la sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 02 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; menciona la entidad que el afiliado al momento de solicitar la nulidad del traslado de régimen pensional se encontraba afiliado al RAIS, periodo para el cual se encontraba en la prohibición establecida en el artículo 02 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes es ilegal e improcedente, lo que imposibilita a Colpensiones a reactivar la afiliación y aceptar el traslado de los aportes realizados por el demandante en el RAIS. Como excepciones perentorias, interpuso las que denominó como aplicación del precedente establecido en la sentencia SL-373 del 2011, el error sobre punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica. (Expediente digital, PDF 08EscritoContestaciónDemandaColpensiones, Pág. 04 a 29).

3.2. Porvenir S.A.: La demandada se opuso a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda, argumentando que, el traslado realizado al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. goza de completa validez, dado que se informó al demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS y el RPMPD, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado; que específicamente, en cuanto a la omisión de la información, aclaró que a misma jamás se presentó, pues se le informó que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual compuesto por los aportes obligatorios, los voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permitiese obtener una mesada pensional superior al 110% del SMLMV; que para concluir, el traslado efectuado por el demandante hacía Porvenir S.A. está revestido de legalidad, toda vez que la AFP le otorgó la información necesaria de manera suficiente para que el futuro afiliado tomará una decisión libre, voluntaria e informada. Como excepciones de fondo, interpuso las que denominó como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente físico, PDF 09EscritoContestaciónPorvenir, Pág. 02 a 27).

3.3 Protección S.A.: La llamada a juicio contestó la demanda oponiéndose a que se declare cualquier tipo de condena en contra de la AFP, dado que su actuar siempre fue conforme a la ley y a la voluntad del demandante de afiliarse a dicha entidad, la que fue libre y voluntaria, exenta de cualquier fuerza o vicio del consentimiento, por lo cual, las pretensiones de la parte actora no tienen ningún tipo de fundamento, ni están llamadas a prosperar; de igual forma, reseña que su afiliación constituye un acto jurídico plenamente válido emanado de la voluntad y de la cual nacieron obligaciones para ambas partes, el cual no puede ser desvirtuado por afirmaciones indeterminadas, dado que por su propia iniciativa, y en forma libre y voluntaria decidió afiliarse a esta administradora; además, aclaró que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003 al encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara a nulidad y/o ineficacia de la afiliación, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de

buena fe y la innominada o genérica. (Expediente digital, PDF10EscritodeContestaciónDeDemandaProtección, Pág. 03 a 20).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de mayo del 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación verificada por el demandante con destino a la AFP Porvenir S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de la afiliación el 14 de junio de 1994; ordenó a Colpensiones y a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar al demandante en condición de afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones y a trasladar al mismo régimen, los recursos percibidos por cuenta del actor en el RAIS; durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculado a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, adicionalmente, como fueron evidenciados aportes voluntarios por cuenta del demandante, se ordenó que los mismos fueran reembolsados junto con los rendimientos, autorizando el descuento de cuotas de administración respecto de estos recursos, sin beneficio tributario y previo reporte a la DIAN; finalmente declaró no probadas las excepciones propuestas y gravó en costas a cargo de la AFP Porvenir S.A.

El a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en su sentencia SL2929 del 2022, en virtud de la cual, según lo previsto en los artículos 13, literal b) y 271 de la ley 100 de 1993, lo que debe analizarse es si el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen.

En ese sentido, consideró que es deber de las AFP el suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Considero de igual manera que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales. De igual manera, acotó que las AFP son quienes tienen la carga de la prueba, toda vez que la afirmación de no recibir la información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar por parte del fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que se cumplió con dicha obligación.

En conclusión, el a quo consideró que tanto PORVENIR S.A., como PROTECCIÓN S.A. no lograron demostrar que hayan informado a la actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de la AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen con sus respectivas consecuencias, entre las cuales se encuentran que las AFP demandadas y COLPENSIONES adelanten las gestiones administrativas correspondientes para poder reembolsar los recursos que se encuentren en las administradoras de pensiones demandadas por concepto de cotizaciones pensionales, debidamente indexadas y como es PROTECCIÓN S.A. la AFP en la cual se encuentra actualmente el demandante, esta será la encargada de realizar las devoluciones pertinentes, en caso de ser insuficientes, deberá aplicarse la diferencia con cargo a los recursos propios, sin lugar a efectuar descuento alguno por valor de cuotas de administración. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales:

5.1 Colpensiones Interpuso recurso de apelación señalando que, conforme el literal b) del artículo 66 de la ley 100 de 1993, el cual expresa que la selección de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien, para tal efecto lo manifestará por escrito, por lo cual, al futuro afiliado hizo la suscripción del formulario de afiliación, donde se demuestra que su consentimiento no ha sido viciado. De otro lado, argumenta que, si bien las AFP deben informar de manera clara a sus futuros afiliados sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen, lo cierto es que, es deber de los usuarios el investigar sobre la AFP que escogió de manera voluntaria y sobre su situación pensional. De otro lado, sostuvo que la permanencia del señor Hernández en el RAIS, demuestra que aceptó y se acogió a su regulación. Finalmente, expone que del interrogatorio de parte absuelto por el afiliado se demuestra el conocimiento que tenía de este régimen.

5.2 Porvenir S.A.: Solicita que se revoque de manera integral la decisión de instancia, teniendo en cuenta que el traslado del accionante es válido, en la medida que se le brindó información clara, expresa, veraz y oportuna; adicional a ello, su traslado al RAIS fue voluntario y por el tiempo de permanencia allí es claro que su intención era permanecer en este régimen. De otro lado, arguye que el afiliado al absolver el interrogatorio de parte manifestó conocer las características propias del RAIS, y también era su obligación informarse sobre los beneficios del mismo. La única motivación para solicitar la ineficacia de la afiliación se deriva del monto de la pensión, la cual no es suficiente para demostrar la falta del deber de información.

De otro lado, señala que los saldos de la cuenta individual ya fueron trasladados a la AFP Protección, sin embargo, los gastos de administración no deben ser trasladados en la medida que cumplieron con su finalidad de proporcionarle al afiliado cobertura para los riesgos de invalidez y fueron debidamente invertidas conforme lo exige la ley. También señala que no resulta procedente la condena por concepto de indexación, dado que, ante una eventual pérdida del poder adquisitivo de la moneda, la misma se compensa con los rendimientos dados por los fondos, por lo que se trata de una misma orden y se estaría condenando a la entidad a un doble pago. Finalmente, solicita que se revoque la condena en costas, como quiera que actuó de buena fe y en cumplimiento de las disposiciones legales.

6. Alegatos de conclusión. Colpensiones alegó en su favor, señalando que el actor se encuentra inmerso en una prohibición legal, por lo que, no es procedente su retorno al Régimen de Prima Media, aparte no se evidencia falta del deber de información por parte de los fondos demandados, por lo que solicita se revoque la sentencia apelada. Por su parte, Porvenir S.A. señala que la afiliación del accionante a la AFP se hizo de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación, por ello, el fallo proferido en primera instancia de ser revocado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor LUIS FELIPE HERNÁNDEZ PACHECO se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 20 de diciembre de 1983, cotizando hasta el 30 de junio de 1994 (Expediente físico, PDF 01 y 08, historia laboral Colpensiones y Ministerio de Hacienda, Pág. 56 a 59 y 55 a 56 respectivamente); que el 01 de julio de 1994 comenzó a cotizar en el RAIS con la AFP Porvenir S.A., efectuando cotizaciones hasta el 31 de junio de 1996 (Expediente físico, PDF 09, historia laboral Porvenir S.A., Pág. 28 a 32); y que finalmente, se trasladó a la AFP Protección S.A. iniciando cotizaciones desde el 01 de julio de 1996 hasta la fecha. (Expediente físico, PDF 01, historia laboral Protección S.A., Pág. 43 a 55).

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

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente

verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., esto es 01 de julio de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994

"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que del interrogatorio de parte no se observa confesión alguna, pues si bien, el promotor de la contienda demuestra cierto conocimiento frente a aspectos generales y beneficios del RAIS, dicha situación no demuestra que la AFP haya brindado información de manera particular e integral al afiliado y mucho menos que se le hayan presentado todas las aristas al momento de su traslado, circunstancias que reafirman aún más la ineficacia por falta al deber de información.

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

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la accionante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le

permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen”***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió PORVENIR S.A. en el año 1994, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 01 de julio de 1994, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

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

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

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

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

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, si bien la orden se hizo extensiva a ambas AFP del RAIS, la misma no congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya*

podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus”, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: “...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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

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

12. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el artículo 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Porvenir S.A., tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, independiente si su proceder se enmarcó dentro de la buena o mala fe, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. dado que no prosperó el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 31 de mayo del 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (durante la vigencia de la afiliación en cada AF), trasladen a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, ordenando que dichos conceptos, se devuelvan debidamente indexados, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

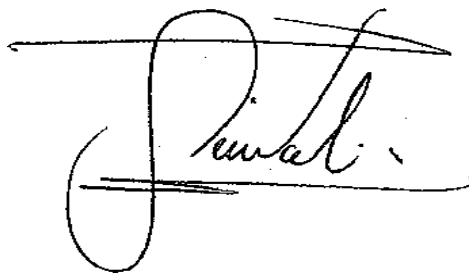
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

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

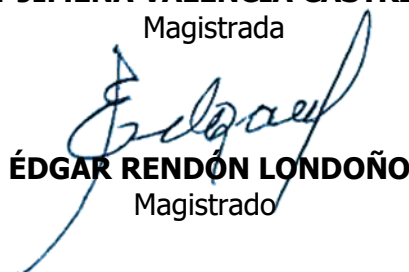
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de ellas.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JAIME ENRIQUE WILCHES MEDINA
Demandadas: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Radicado No.: 16-2020-00449-01
Tema: TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL – APELACIÓN
DEMANDANTE - CONFIRMA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

AUTO

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

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jaime Enrique Wilches Medina instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, con el propósito de que se declare que la primera de éstas cometió un error injustificado al negar el traslado de régimen. Así las cosas, solicitó que se disponga a su favor su restitución al régimen de prima media con prestación definida. De manera subsidiaria pidió que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual y, en consecuencia, restituir al otrora régimen. En todo caso pretendió lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que mediante formulario de afiliación del 7 de febrero de 2013 realizó solicitud de traslado del régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A., al régimen de prima media con prestación definida, en tanto contaba para dicha data con 51 años de edad, petición que le fue negada por Colpensiones. Explicó que estaba vinculado al RAIS desde el año 2000, luego para la fecha de solicitud de traslado de régimen llevaba más de 10 años, a lo que sumó que Colfondos S.A., al momento de la vinculación no le suministró información sobre las consecuencias del traslado, siendo engañado con miras a conseguir el traslado. (Expediente digital, PDF 06Subsanación)

2. Contestación de la demanda

2.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que el traslado está revestido de legalidad y conforme a derecho. En lo que hace a los hechos aceptó los enlistados en los numerales

1° a 3° referente a que el actor formuló petición tendiente a pedir el traslado de régimen pensional y la negativa efectuada por la entidad frente a la citada solicitud; en los demás señaló no constarle. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho de la demandante y de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 16ContestaciónColpensiones)

2.2. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías. En respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones, aduciendo que el accionante se encuentra válidamente vinculado al RAIS, en tanto que firmó el formulario de vinculación de manera consciente y voluntaria, aceptando así a los efectos que implica el cambio de régimen pensional, quien ha estado por más de 27 años, por tanto, conoce a la perfección el sistema. Dijo que los asesores comerciales brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado de régimen y de administradora pensional, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento de éste, las diferencias entre ambos regímenes, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad, retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro.

Frente a los supuestos fácticos no los aceptó y en su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y genérica. (Expediente digital, PDF 33ContestaciónColfondos)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 14NotificaciónAgenciaNacional); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de julio del 2023, en la que el fallador declaró que al demandante le asiste derecho al traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, teniendo en cuenta que efectuó tal solicitud de traslado en tiempo conforme a la ley, el 7 de febrero del año 2013. En tal virtud, condenó a las encartadas a efectuar el traslado de régimen pensional desde el RAIS hacia el régimen solidario de prima media con prestación definida, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Ordenó a Colfondos S.A. efectuar el traslado de los recursos de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, gravándolas en costas.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, adujo que Colpensiones aceptó varias situaciones fácticas expuestas en libelo introductor, entre ellas que el demandante efectuó petición de traslado de régimen el 7 de febrero del año 2013, esto es, cuando tenía la edad de 51 años, además, las respuestas otorgadas a tal solicitud que se profririeron de forma negativa. Conforme a ello, indicó que la seguridad social es un servicio público y derecho fundamental irrenunciable, inalienable e imprescriptible, por lo que la Ley 100 de 1993 reguló esos principios, consagrando en el artículo 12 el régimen de ahorro individual con solidaridad y prima media con prestación definida, mismos que son excluyentes, pero coexisten.

Refirió que en el literal “e” de ese mismo artículo, el que fue modificado por la Ley 797 de 2003, establece que los afiliados al sistema general de pensiones pueden escoger el régimen pensional que prefieran, pero efectuada la elección inicial podrán trasladarse por una sola vez cada 5 años y solo lo podrá hacer antes de que le faltare 10 años o menos para cumplir la edad requerida para la pensión de vejez. En adición a lo anterior dijo que

la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado sobre el consentimiento informado de las personas al trasladarse de régimen pensional, pues a falta de éste debe predicarse que el acto es ineficaz.

Con base en las anteriores consideraciones, tuvo por probado que el actor se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales desde 1983 a 1996, quien se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante la suscripción del formulario de afiliación en el año 1996 a través de AFP Porvenir S.A., quien con posterioridad se vinculó a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías en el año 2001. Así mismo, que aquel efectuó petición el 7 de febrero de 2013 ante Colpensiones tendiente a afiliarse nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, siendo claro que fue un traslado y no una simple afiliación.

Así las cosas, concluyó que, aunque el actor recibió respuesta negativa a la solicitud de traslado, las consideraciones allí tenidas por Colpensiones no se ajustan a derecho, en tanto que no se trató de una solicitud de afiliación, sino de traslado de régimen, mismo que procedía como quiera que para la data de la petición tenía una edad de 51 años y se encontraba válidamente afiliado al RAIS dado que se encontraba resuelta la múltiple vinculación de manera administrativa, por lo que al hallarse dentro de los supuestos contenidos en el literal “e” del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, le imponía acceder a los pedimentos principales de la demanda. (Expediente digital, 40GrabacionAudienciaInicialyTramiteyJuzgamiento).

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión **Colpensiones** formuló recurso de apelación argumentando que frente a la solicitud elevada por el actor el 7 de febrero de 2013, recibió respuesta indicando que no era posible su traslado de régimen, además, que aquel se abstuvo de subsanar o realizar una nueva solicitud en la cual manifestará que no había impedimento alguno, para efectuar el traslado entre regímenes. (Expediente digital, 40GrabacionAudienciaInicialyTramiteyJuzgamiento).

6. Alegatos de conclusión. La demandada **Colpensiones** alegó en su favor aduciendo que, al momento de la solicitud del retorno al RPM, esto es, 7 de febrero de 2013, el demandante contaba con 51 años, pues nació el 17 de abril de 1961, momento para el cual se encontró una inconsistencia en el estado de su afiliación, situación que se resolvió indicándose que aquel se encontraba afiliado al fondo de pensiones Colfondos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente y se estudiará en consulta a su favor en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: ¿El demandante se encuentra dentro de la prohibición contenida en el literal “e” del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, que no le permite retornar al régimen de prima media con prestación definida?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que el demandante nació el 17 de abril de 1961 y se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, realizando aportes en calidad de trabajador del sector privado desde 21 de marzo de 1983 al 25 de mayo de 1996, data para la cual se

trasladó al régimen de ahorro individual administrado por AFP Porvenir S.A.; que con posterioridad se vinculó a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, mediante la suscripción del formulario de afiliación núm. 7715183 del 24 de abril de 2001. Tampoco está en discusión que dada la situación de multivinculación que presentó el gestor de la litis, en tanto hubo simultaneidad de afiliación en ambos regímenes pensionales, que generaba duda sobre el cual de las administradoras debía responder por la prestación económica del demandante, se definió vía administrativa que Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías era el competente para decidir sobre las prestaciones emanadas del régimen de ahorro individual con solidaridad.

4. Traslado entre regímenes. Clarificado lo anterior, se recuerda que la censura le achaca un desatino al fallador de primer grado, considerando la falta de apreciación de las pruebas incorporadas al plenario, en tanto que en ellas no se demuestra que el afiliado haya tenido la voluntad de trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, toda vez que frente a la solicitud radicada 7 de febrero de 2023, recibió respuesta señalando la improcedencia del cambio de régimen pensional, quien tampoco subsana el requerimiento que le efectuó la entidad, ni realiza nueva solicitud, para ese mismo fin.

Para resolver este punto de disconformidad, lo primero que hay que decir, es que a través de la Ley 100 de 1993 se creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y establecieron dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten: de un lado el régimen solidario de prima media con prestación definida y de otro, el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre y voluntaria. En efecto, el literal e) del artículo 13 de la citada ley, brindó la posibilidad de que el afiliado escogiera entre uno de esos dos regímenes y, así mismo, que tuviera una vocación de permanencia de al menos cinco años, término que fue modificado con la expedición del Decreto 692 de 1994, el cual en su artículo 15 redujo dicho periodo a tres años y, finalmente, retornó a cinco, según el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

En el presente asunto está acreditado con la contestación que hiciera Colpensiones, que el actor estando en el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías optó por trasladarse al régimen de prima media con la suscripción del formulario de afiliación el 7 de febrero de 2013, circunstancia que se logra ratificar de la documental obrante el expediente administrativo, pues allí milita formulario de afiliación del que se observa lo siguiente:

Colpensiones

FORMULARIO DE AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

¿Ejerce actividad económica? (Círculo correspondiente)	Profesión	Servicio
☒ No ☐ Sí		
¿Ejerce actividad comercial?	Doc. Exercicio Comercial	

I. DATOS DE LA PERSONA QUE REALIZA LA AFILIACIÓN

Nombre completo	N.º de documento	Fecha de nacimiento
WILCHES JAIME	79118 015	
Primer apellido	Segundo apellido	
WILCHES	MEJIA	
Primer nombre	Segundo nombre	
JAIME	ENRIQUE	
Municipio de nacimiento	Departamento de nacimiento	Sexo
BOGOTÁ	BOGOTÁ D.C.	Masculino ☒ Femenino ☐
Nacionalidad	CL. 385. 110. 25. 141. 1. AF. 228	Identificación
Colombiana	BOGOTÁ D.C.	1955901
Municipio de residencia	Barrio / vereda de residencia	Idioma que se habla
BOGOTÁ D.C.	BOGOTÁ D.C.	Español ☒ Otro ☐
Departamento de residencia	Ciudad	Alta edad ☐ No ☒
BOGOTÁ D.C.	BOGOTÁ D.C.	
Ocupación urbana	Barrio / vereda de residencia	
INGENIERO DE SISTEMAS	BOGOTÁ D.C.	
Correo electrónico	Autenticación por el sistema electrónico o por autenticación en persona a través de un sistema seguro de identificación o por autenticación electrónica en persona a través de un sistema seguro de identificación o por autenticación electrónica en persona a través de un sistema seguro de identificación	
jewilchesm@vul.edu.co		

II. DATOS DEL EMPLEADOR O INTERMEDIARIO AFILIADOR

Nombre completo	N.º de documento	Fecha de nacimiento
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA	899999963	
Primer apellido	Segundo apellido	
UNIVERSIDAD	UNIVERSIDAD	
Primer nombre	Segundo nombre	
UNIVERSIDAD	UNIVERSIDAD	
Municipio de nacimiento	Departamento de nacimiento	Sexo
BOGOTÁ D.C.	BOGOTÁ D.C.	Masculino ☒ Femenino ☐
Nacionalidad	CL. 385. 110. 25. 141. 1. AF. 228	Identificación
Colombiana	BOGOTÁ D.C.	1955901
Municipio de residencia	Barrio / vereda de residencia	Idioma que se habla
BOGOTÁ D.C.	BOGOTÁ D.C.	Español ☒ Otro ☐
Departamento de residencia	Ciudad	Alta edad ☐ No ☒
BOGOTÁ D.C.	BOGOTÁ D.C.	
Ocupación urbana	Barrio / vereda de residencia	
INGENIERO DE SISTEMAS	BOGOTÁ D.C.	
Correo electrónico	Autenticación por el sistema electrónico o por autenticación en persona a través de un sistema seguro de identificación o por autenticación electrónica en persona a través de un sistema seguro de identificación o por autenticación electrónica en persona a través de un sistema seguro de identificación	
jewilchesm@vul.edu.co		

III. DECLARACIÓN DE AUTENTICACIÓN

¿Ejerce actividad económica? (Círculo correspondiente)	Profesión	Servicio
☒ No ☐ Sí		
¿Ejerce actividad comercial?	Doc. Exercicio Comercial	
☒ No ☐ Sí		
Nombre completo	N.º de documento	Fecha de nacimiento
WILCHES JAIME	79118 015	
Primer apellido	Segundo apellido	
WILCHES	MEJIA	
Primer nombre	Segundo nombre	
JAIME	ENRIQUE	
Municipio de nacimiento	Departamento de nacimiento	Sexo
BOGOTÁ D.C.	BOGOTÁ D.C.	Masculino ☒ Femenino ☐
Nacionalidad	CL. 385. 110. 25. 141. 1. AF. 228	Identificación
Colombiana	BOGOTÁ D.C.	1955901
Municipio de residencia	Barrio / vereda de residencia	Idioma que se habla
BOGOTÁ D.C.	BOGOTÁ D.C.	Español ☒ Otro ☐
Departamento de residencia	Ciudad	Alta edad ☐ No ☒
BOGOTÁ D.C.	BOGOTÁ D.C.	
Ocupación urbana	Barrio / vereda de residencia	
INGENIERO DE SISTEMAS	BOGOTÁ D.C.	
Correo electrónico	Autenticación por el sistema electrónico o por autenticación en persona a través de un sistema seguro de identificación o por autenticación electrónica en persona a través de un sistema seguro de identificación o por autenticación electrónica en persona a través de un sistema seguro de identificación	
jewilchesm@vul.edu.co		

IV. AFILIACIÓN A PENSIONES

¿Ejerce actividad económica? (Círculo correspondiente)	Profesión	Servicio
☒ No ☐ Sí		
¿Ejerce actividad comercial?	Doc. Exercicio Comercial	
☒ No ☐ Sí		
Nombre completo	N.º de documento	Fecha de nacimiento
WILCHES JAIME	79118 015	
Primer apellido	Segundo apellido	
WILCHES	MEJIA	
Primer nombre	Segundo nombre	
JAIME	ENRIQUE	
Municipio de nacimiento	Departamento de nacimiento	Sexo
BOGOTÁ D.C.	BOGOTÁ D.C.	Masculino ☒ Femenino ☐
Nacionalidad	CL. 385. 110. 25. 141. 1. AF. 228	Identificación
Colombiana	BOGOTÁ D.C.	1955901
Municipio de residencia	Barrio / vereda de residencia	Idioma que se habla
BOGOTÁ D.C.	BOGOTÁ D.C.	Español ☒ Otro ☐
Departamento de residencia	Ciudad	Alta edad ☐ No ☒
BOGOTÁ D.C.	BOGOTÁ D.C.	
Ocupación urbana	Barrio / vereda de residencia	
INGENIERO DE SISTEMAS	BOGOTÁ D.C.	
Correo electrónico	Autenticación por el sistema electrónico o por autenticación en persona a través de un sistema seguro de identificación o por autenticación electrónica en persona a través de un sistema seguro de identificación o por autenticación electrónica en persona a través de un sistema seguro de identificación	
jewilchesm@vul.edu.co		

DECLARACIÓN DE AUTENTICACIÓN: El/los afiliado/s declara/n que la información suministrada es verdadera y que no ha sido objeto de ninguna acción disciplinaria o penal por parte de la autoridad competente.

Del anterior legajo se deduce que el afiliado pretendió el traslado al régimen de prima media con prestación definida, pues manifestó expresamente "*traslado de entidad diferente*" señalando como administradora de pensión anterior "*COLFONDOS*", lo que, contrario a lo dicho por la censura, activó la obligación para Colpensiones, en el sentido de verificar si reunía los presupuestos previstos en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, para el cambio de régimen pensional, máxime cuando el procedimiento previsto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respecto de la selección y traslado de régimen pensional, se surte con el diligenciamiento del formulario, tal y como en el presente asunto aconteció.

Es preciso recordar, que el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 dispuso que los afiliados podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran y efectuada la selección inicial, pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años, a menos que al afiliado le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Así, según cédula de ciudadanía del actor al 7 de febrero de 2013, contaba con la edad de 51 años, 9 meses y 20 días, por haber nacido el 17 de abril de 1961, por tanto y conforme a la citada disposición, no le resultaba aplicable la prohibición del traslado de régimen, pues para dicha data no le faltaban menos de diez años para cumplir la edad de pensión que corresponde a 62 años a voces del artículo 9 de la mentada disposición.

Conclusión a la que ha debido llegar la encartada, pues incontrovertible resultaba la procedencia del traslado de régimen que hizo el gestor de la litis y, por tanto, su retorno al régimen de prima media debió materializarse con la solicitud que se elevó para tal fin el 7 de febrero de 2013, siendo del caso precisar que, aunque en respuesta de la misma fecha se le indicó al actor que *"no es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se presentan inconsistencias en el estado actual de su afiliación y es necesario adelantar un trámite conjunto entre las administradoras de regímenes para definir el estado real de la misma, el resultado del proceso le será comunicado"*; lo cierto es que, omitió enunciar que la citada situación administrativa fue zanjada por el ISS y Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías el 26 de diciembre de 2005, por medio de la cual se definió que

esta última era la competente para decidir sobre las prestaciones emanadas del régimen que administra, de ahí que le resultaba imperativo a Colpensiones aceptar el traslado, derecho de escogencia libre que por virtud de la misma norma tiene el promotor del proceso y, que por ende, no está al arbitrio de ella.

Surge de lo anterior que no pudo haberse equivocado el juez de primer grado cuando consideró que la encartada debía aceptar el traslado de régimen pensional, menos en la medida que ordenó a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías debía trasladar los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional si a ello hubiera lugar y a Colpensiones aceptarlo, pues tal intelección se acompasa con los parámetros establecidos en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.3.1. del Decreto 1833 de 2016.

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

5. Costas. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado en términos del artículo 365 del C.G.P. Las de primera se confirman.

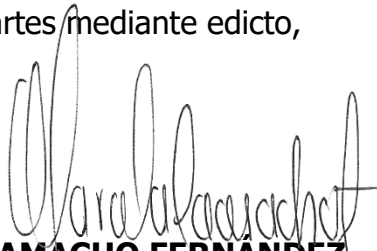
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

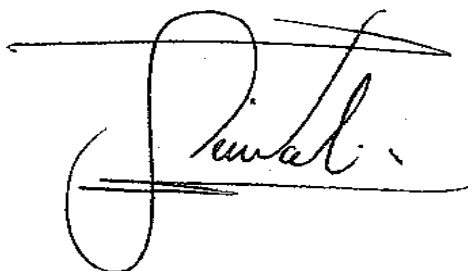
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de julio del 2023, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones la suma de \$500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GONZALO SANTIAGO SAMPER PÉREZ
Demandada: COLPENSIONES
Radicado No.: 19-2020-00207-01
Tema: PENSIÓN DE VEJEZ ESPECIAL- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Gonzalo Santiago Samper Pérez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que tiene derecho a la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo, a partir de las 1.029 semanas cumplidas y, en consecuencia, solicitó que se disponga a su favor el pago de mesadas pensionales insolutas debidamente indexadas, junto con los intereses moratorios, incrementos legales y convencionales, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ha laborado y cotizado como aviador civil desde el 1° de julio de 1997 hasta la fecha, siendo aviador de las sociedades Avianca S.A. y Tampa Cargo S.A.S., percibiendo una asignación salarial de \$19.531.000. Refirió que cuenta con 1.180.24 semanas cotizadas a AFP Colfondos, Skandia, Old Mutual y Colpensiones, de allí que ha debido ser pensionado hace 3.5 años, además, por cuanto ha sido piloto de aeronaves lo cual ha alterado su salud. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigital, páginas 9 a 19)

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que, el demandante no logró acreditar que las actividades realizadas se encuentran enmarcadas en las descritas por el Decreto 2090 de 2003, modificado por el Decreto 2655 del 17 de diciembre de 2014. Respecto de los hechos aceptó los enlistados en los numerales 8° a 12° y 15°, parcialmente el 4° y 5° y, respecto de los demás señaló no constarle o no ser ciertos.

En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción,

compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente digital, PDF 04ContestacionColpensiones)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de junio del 2023, en la que la falladora absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, gravando en costas al actor.

Para arribar a tal determinación, se propuso verificar si al actor le asiste el derecho a que Colpensiones efectúe el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo. Con tal propósito, luego aludir al Decreto 758 de 1990, Decreto 1835 de 1994, Ley 100 de 1993, Decreto 2090 de 2003, y C-092 de 2017, así como al acervo probatorio, indicó que solo las personas que se dedican a labores que esta última disposición señala de manera expresa, son considerados como trabajadores de actividades de alto riesgo para la salud. De esta forma, refirió que en nuestro ordenamiento se reglamentó una pensión especial de vejez propia del régimen de prima media, para quienes comprueben directamente haber desempeñado alguna de estas actividades o expuestos al alto riesgo.

Bajo ese horizonte, explicó que la actividad realizada por el actor no está prevista como alto riesgo en el Decreto 2090 de 2003, razón por la cual le es imposible ordenar el reconocimiento y pago de dicha pensión especial de vejez, al punto que si bien la parte actora indicó que el aviador está categorizada con el riesgo cuatro por parte de la ARL, también lo es *"que no es lo mismo que una actividad u oficio se encuentren enlistado en el riesgo alto para efectos de la cotización que debe realizar el trabajador frente a la ARL, a una actividad de alto riesgo que genere una disminución de la expectativa de vida del trabajador"*.

A lo anterior agregó que no podía determinar si la actividad que realizaba el actor implicaba disminución en su expectativa de vida por la exposición a factores de riesgo, ya que el expediente se hallaba huérfano de pruebas que lleven a la debida comprobación de la exposición por parte del accionante; además, puntualizó que por mandato constitucional no podría invocar acuerdos o disposiciones diferentes a la legalmente existentes para el reconocimiento de la pensión de vejez por actividad de alto; circunstancias que la llevaban a absolver de todas y cada una de las pretensiones de la demanda a Colpensiones. (Expediente digital, audio 11VideoAudienciaArt80CPTFallo).

4. Alegatos de conclusión. La demandada **Colpensiones** alegó en su favor aduciendo que el actor acreditó un total de 1154 semanas cotizadas al 31 de diciembre de 2019 y que nació el 20 de septiembre de 1976, por lo que a la fecha de solicitud de la pensión contaba con 44 años. Señaló que la norma aplicable para el análisis respectivo es el artículo 2º del Decreto 2390 de 2003, modificado por el Decreto 2655 de 2014; sin embargo, no laboró en actividades que impliquen trabajos o actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de ahí que no pueda acceder a la prestación económica deprecada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado Jurisdiccional de consulta. El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente: ¿El demandante tiene derecho a la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo contemplada en el Decreto 2090 de 2003?

3. Pensión de vejez por actividad de alto riesgo

3.1. Noción. La pensión especial de vejez es una prestación que reconoce el sistema general de seguridad social en pensiones, que se otorga con miramiento a las condiciones nocivas para la salud a que ha estado el trabajador durante su vida laboral y, por tanto, se concede con unos requisitos exceptuados de las normas generales.

3.2. Normatividad. Esta pensión fue estatuida en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 15 del Decreto 758 de 1990, luego el entonces Ministerio del Trabajo y la Protección Social en uso de sus facultades especiales, expidió el Decreto 1281 de 1994, el cual consagró nuevas condiciones para acceder a la pensión de vejez, entre las cuales para su reconocimiento se requería contar con 55 años de edad y 1000 semanas cotizadas de las cuales mínimo 500 hubiesen sido cotizadas ejerciendo actividades de alto riesgo, estableciendo además que la edad para acceder a la pensión se reduce en un año por cada 60 semanas que superen las primeras 1000, sin que pueda ser inferior a los 50 años. En dicho Decreto se estableció un régimen de transición para las personas que a la entrada en vigencia del citado decreto tengan 35 o más años de edad para el caso de las mujeres, 40 años o más de edad para el caso de los hombres, o contar con 15 años de servicios o su equivalente en semanas de cotización.

Posteriormente, se expidió el Decreto 2090 de 2003, con el que se tenía la intención de unificar las pensiones especiales de vejez, estableció nuevas condiciones para acceder a la pensión especial de vejez consistentes en haber cotizado el mínimo de semanas que refiere el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 de las cuales por lo menos 700 sean en actividades de alto riesgo, y 55 años de edad, además de señalar que la edad se reduciría en un año por cada 60 semanas que superen el mínimo de semanas establecido en el sistema general de pensiones; normativa que a su vez estableció un régimen de transición a las personas que tuviesen como mínimo 500 semanas de cotización especial, quienes tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigidos por la ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulan las actividades de alto riesgo, precisando que el parágrafo de la misma disposición normativa señaló que para poder ser beneficiario del régimen de transición deberá cumplir en adición los requisitos previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

3.3. Actividad de alto riesgo – Aviador Civil. Evidenciada la regulación normativa que resulta aplicable para definir la pensión de vejez especial solicitada por el actor, y como quiera que el fundamento para reclamarla la constituye el hecho de que laboró como aviador civil desde el 1° de julio de 1997 de manera permanente y continua, corresponde entonces verificar esta circunstancia, porque de ella pende necesariamente su reconocimiento.

En ese sentido, el artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 consideró como actividades de alto riesgo las siguientes:

- 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.*

2. *Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.*
3. *Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.*
4. *Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.*
5. *En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.*
6. *En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.*
7. *En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.*

Como puede verse, la citada norma nada dijo en relación con los trabajadores que realizan actividades de aviador civil, es decir, que el decreto no calificó esa labor como de alto riesgo, por manera que, al no ser considerada como tal, es claro que la juez de primer grado no incurrió en ningún error, cuando estimó que el actor no tiene derecho al reconocimiento de la pensión especial reclamada.

Ahora, el hecho de que la actividad de aviador civil no fuera catalogada como actividad de alto riesgo por el legislador, condujo a que la suprema autoridad constitucional, mediante sentencia C- 093 de 2017 que examinó la constitucionalidad de los artículos 1º y 2º e incisos 1º y 3º del artículo 8º del Decreto 2090 de 2003, se declarará inhibida para pronunciarse de fondo sobre los cargos que se propusieron frente a los dos primeros artículos. En efecto, precisó la Corte que, aunque la controversia que se planteó no es susceptible de control de constitucionalidad, en tanto que se pretendió con ello incluir la aviación civil dentro de las actividades de alto riesgo, no obstante, consideró que:

"en todo caso el debate propuesto es inviable, porque en este proceso judicial no se encuentran los insumos para reconfigurar el cargo de inconstitucionalidad, pues ni el accionante ni ninguno de los intervinientes que coadyuvaron la demanda señaló las razones por las que el legislador tenía el deber de especificar el alcance de la causal sobre la exposición a radiaciones ionizantes, o el deber de crear una categoría autónoma para estos profesionales, máxime cuando la lógica que subyace al artículo 2 de Decreto 2090 de 2003 es la de fijar criterios generales que puedan adaptarse a las muy variables circunstancias de tiempo, modo y lugar, y la de no individualizar todas las labores que en un momento específico deban ser consideradas como de alto riesgo. Es posible, por ejemplo, que en virtud de los progresos tecnológicos crecientes, una labor específica que en un momento implicó una exposición a radiaciones ionizantes, en otro momento no genere este riesgo. Así las cosas, la tesis de que existía un deber del legislador de especificar que el numeral 3 del artículo 2 comprende a los aviadores civiles, o que la aviación civil debía ser consagrada como una causal autónoma no solo no fue justificada en la demanda, sino que además, resulta incompatible con la racionalidad subyacente al Decreto objeto de la demanda de inconstitucionalidad¹⁹³¹."

De esta forma, indicó que carecía de "insumos técnicos" para establecer si los aviadores se encuentran expuestos a niveles de radiación ionizante que superan los estándares generalmente aceptados, y si este contacto se traduce en afectaciones de la salud que

en condiciones normales disminuye la expectativa de vida saludable o torna necesario el retiro anticipado de la labor productiva.

Bajo esa perspectiva, considera esta Corporación que la calificación jurídica del alto riesgo que hace la Corte Constitucional, para esta clase de trabajadores se plasma por la necesidad de establecer si en efecto, en el *sub judice*, es viable considerar que el gestor de la litis estuvo expuesto a niveles de radiación ionizante, con el fin de justificar la necesidad de protección especial de la actividad y del trabajador que la realiza exponiéndose a este riesgo.

No cabe duda en este caso que el demandante desempeñó labores de aviador, según consta en la certificación expedida por Tampa Cargo S.A.S. fechada 28 de julio de 2017, empero, tal prueba, así como las certificaciones de funciones que cumplen los pilotos y copilotos, y de afiliación – ARL Sura, apreciadas en su conjunto, no revelan el riesgo al que señala estuvo sometido, de modo resultando insuficientes para establecer sin dubitación alguna que al ejecutar las actividades laborales de aviador estuvo expuesto a niveles de radiación ionizante.

De hecho, la prueba documental que obra en PDF 01 Expediente Digital, págs. 22 a 27, en la que se relacionan múltiples diagnósticos, nada dice sobre *“los graves riesgos que para la salud de ellos implica la prestación de servicios en esas peculiares labores durante tan largo tiempo, lo que hace conveniente su retiro del servicio activo y la concesión de la pensión de jubilación sin consideración a su edad”* (SL3476-2016), ni menos con las peculiaridades que a propósito la Corte Constitucional señalaron en sentencia C- 093 de 2017, esto es, (i) que la exposición a la radiaciones ionizantes tiene la potencialidad de afectar su salud; (ii) reducción de la expectativa de vida saludable; (iii) o en la necesidad de que este grupo poblacional sea retirado anticipadamente de la vida laboral.

Debido a lo anterior, las afirmaciones sustento de las pretensiones carecen de respaldo probatorio alguno, pues no fueron idóneas las probanzas aportadas para demostrar que el actor estuvo expuesto en su labor de aviador a radiaciones ionizantes. Luego la conclusión es que no demostró que la actividad desplegada fue de aquellas catalogadas como de alto riesgo, y en ese orden no puede hacerse acreedor al derecho pensional deprecado.

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

4. Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

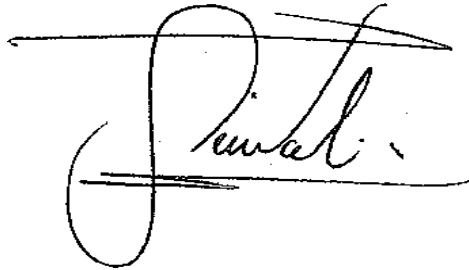
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de junio del 2023, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DIANA ISABEL CARREÑO PARRA
Demandada: UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA
Radicado No.: 32-2021-00337-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN PARTES – REVOCA PARCIAL

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Diana Isabel Carreño Parra, instauró demanda ordinaria contra Universidad Incca de Colombia, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde 12 de julio de 2006 al 5 de julio de 2019, el cual finalizó sin justa causa imputable al empleador. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de salarios, auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, aportes al sistema general de seguridad social, prima extralegal de servicios, prima de vacaciones, prima de antigüedad, auxilio de semana santa, incrementos salariales de los años 2015 y 2016, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, intereses moratorios, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes celebraron contrato de trabajo a término fijo el 12 de julio de 2006, el cual varió a indefinido desde 20 de octubre de 2010, para desempeñar el cargo de profesional oficina créditos, percibiendo como último salario la suma de \$2.045.274. Refirió que el 5 de junio de 2019, presentó renuncia debidamente motivada ante su empleador, aduciendo incumplimiento de las obligaciones propias del vínculo laboral, ya que le adeuda salarios, beneficios convencionales, aportes a seguridad social, auxilio de cesantía y sus intereses.

Precisó que desde 6 de agosto de 2014 se encontraba afiliada a Sintraunincca, quien suscribió con la Universidad accionada convención colectiva de trabajo 2011, 2012 y 2014, además, indicó que mediante laudos arbitrales calendados 28 de abril de 2016 y 25 de junio de 2018 se estableció como obligación para la encartada un reajuste salarial con retrospectividad al 2015, 2016 2018 y 2019, conforme a la variación que haya incrementado en el IPC. (Expediente electrónico, PDF 01Demanda).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, a excepción de la existencia de la relación laboral, aduciendo que la renuncia presentada por la accionante no fue por causa imputable a la Universidad, pues dejó el empleo de manera libre y voluntaria, sin que de ninguna manera pueda invocar que se vio obligada o motivada.

Refirió que canceló salarios de septiembre de 2018 a junio de 2019, dado los esfuerzos en materia financiera y ha venido cumpliendo, acorde a su flujo de caja y capacidad financiera. Precisó que canceló los aportes al sistema de seguridad social, la prima extralegal de servicios y vacaciones del año 2018.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 2° al 4°, 6° al 24° y 29° al 31°. En lo que hace a lo demás no le constó o dijo no ser ciertos. En su defensa formuló inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, fuerza mayor, buena fe, enriquecimiento sin causa, pago y compensación, prescripción, imposibilidad de acogerse a un proceso de reorganización o liquidación judicial y genérica. (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónDemanda).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de junio de 2023, en la que el fallador declaró que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, el primero del 12 de julio de 2006 al 20 de diciembre de 2007 y el segundo del 9 de enero de 2008 al 5 de julio de 2019, éste último que terminó por una causal imputable al empleador. En virtud de lo anterior, condenó a la encartada al pago de salarios, cesantías y sus intereses, primas de servicios, vacaciones, prima extralegal, prima de vacaciones, prima de antigüedad, auxilio de semana santa, indemnización por terminación del contrato de trabajo, aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por los periodos del mes de octubre de 2018 a junio de 2019, indexación y costas del proceso.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación, se propuso verificar, entre otras cosas, si el vínculo de trabajo finalizó por renuncia voluntaria u obligada por causas imputables al empleador y por tanto hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria.

Con tal propósito dijo que no es controversial por las partes la existencia del laborío, por ende, en lo que refiere al despido indirecto hizo lectura de la comunicación radicada por la trabajadora el 4 de julio de 2019, para significar que de conformidad con el artículo 62 del C.S.T., aquella expresó los motivos que la llevaron a tomar tal determinación, mismos que se encuentran acreditados como quiera que la encartada estaba en mora de cancelar los aportes al sistema de seguridad social, tampoco consignó el auxilio de cesantía causado en el año 2018, pues así lo verificó del extracto de cuenta individual de cesantías emitido por el Fondo Nacional del Ahorro; ni probó que canceló los salarios a la trabajadora durante los meses indicados por aquélla, toda vez que los comprobantes de nómina no acreditaban su solución, lo que imponía acceder a la indemnización por despido sin justa causa.

En lo que hace a la indemnización moratoria recordó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indica que para efectos de su condena se impone la verificación de la conducta con la que actuó el empleador en el impago de salarios y prestaciones sociales a su trabajador. En ese sentido, estimó que de conformidad con las documentales aportadas por la encartada y la decisión tomada por el Ministerio de Educación Nacional con miras a intervenir la Universidad y tomar medidas de vigilancia especial, el incumplimiento en el pago de acreencias laborales finales fue dada a una grave situación financiera por la que atravesó el claustro educativo, lo cual consideró contentivo de buena fe.

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación argumentando que la conducta de la parte demandada sobre la falta de oferta respecto del pago de acreencias laborales, la displicencia sobre las solicitudes formuladas por la

trabajadora, los yerros en la administración que no le son imputables a ésta y la presencia de un patrimonio de la Universidad configurado por una serie de inmuebles, permiten considerar en un sentido distinto el asunto de la mala fe, lo que impone la sanción moratoria.

4.2. Demandada. En su alzada arguyó la improcedencia de la indemnización por despido sin justa causa, aduciendo que su voluntad no fue la de omitir el pago de emolumentos laborales a favor de la promotora de la litis, dado que fue a una situación administrativa que afectó a todos los trabajadores producto de la recesión padecida para la época de vigencia del laborío, de modo que la actora renunció libre y voluntaria a su cargo, sin que de manera alguna se pueda invocar que se vio obligada o motivada.

Refirió que la sanción por el no pago de intereses a las cesantías no resulta procedente en la medida que la Universidad actuó en virtud de la situación financiera grave que ha padecido, por lo que se debe tener en cuenta que esta no procede de manera automática, sino, es deber del Juez verificar si existieron razones justificables y derivar la buena fe o carencia de ella por parte de su empleador, aspectos que imponen verificarse cuando a su vez se trata de condenar a la indemnización y sanción moratoria previstas en los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor solicitando que se modifique la determinación tomada en primer grado en lo que concierne a la denegación de la indemnización moratoria, condenando en su lugar a la demandada al pago de esta, acorde con lo solicitado en la demanda.

5.2. Demandada. En su escrito de alegaciones refirió que el no pago de los valores que se adeudan, no se debió a una decisión libre y caprichosa, sino que por el contrario, fue producto de la grave situación financiera que atraviesa la universidad desde finales del año 2017, situación que se acredita con los Estados financieros de los años 2015 y 2019 y que no ha permitido el pago oportuno de las obligaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Las causas aducidas por la actora en la carta de terminación del vínculo laboral justifican su proceder para concederle la indemnización por despido indirecto, al considerar que la demandada incumplió sistemáticamente sus obligaciones al no realizar el pago salarial desde septiembre de 2018 a 4 de julio de 2019, así como tampoco la consignación del auxilio de cesantías causado en el año 2018 y el pago de aportes a los subsistemas de seguridad social en salud y pensión?; y (ii) ¿se equivocó el juez de primer grado al negar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, considerando que la accionada actuó de buena fe en el impago de salarios y prestaciones sociales por la grave situación financiera?

3. Relación laboral. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, tampoco la labor de secretaria

que desempeñó al momento de terminación del laborío, ni su modalidad o duración; hechos que no fueron recurridos por las partes, se aceptaron en la contestación de la demanda y además, se pueden corroborar con la certificación laboral expedida el 4 de abril de 2019 por la encartada y carta de despido indirecto que fueron allegados al cartapacio. ((Expediente electrónico, PDF 01Demanda).

4. Despido indirecto. Sentado lo anterior, se iniciará por establecer si en efecto existe una justa causa que le de soporte a la pretensión declaratoria de despido indirecto, y consecuentemente al pago de la indemnización por despido injusto. Para el efecto se tiene que la señora Diana Isabel Carreño Parra, solicita el pago de aquella por considerar que la presentación de su renuncia se dio por razones atribuibles a su empleador; argumentos que corresponden a lo que la doctrina y jurisprudencia ha denominado despido indirecto, en virtud del cual, se ha entendido que se presenta cuando el empleador obliga a su trabajador a terminar el contrato de trabajo, bien sea porque directamente lo exige, o bien cuando su actuar conlleva a ejercer presión que necesariamente llevan al trabajador a tomar tal decisión.

En ese sentido, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del CGP, debe acreditar el extrabajador la existencia de las justas causas que invocó en su oportunidad para dar por terminado el contrato de trabajo, pues de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria.

Ahora, el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indica que:

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

Tras lo indicado, se observa que el trabajador también puede dar por terminado el contrato de trabajo con su empleador cuando este considere que el empleador ha incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones o ha realizado actos que atenten directamente con el desarrollo de sus funciones que transgreden la naturaleza del contrato de trabajo; para lo cual, el trabajador puede invocar las justas causas para dar por terminado de forma unilateral el contrato de trabajo y reclamar la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, causales que se encuentran de manera taxativa en los artículo 62 y 63 del mismo cuerpo normativo.

Aclarando que no basta sólo con invocar la causal fundada en la Ley para determinar la existencia u ocurrencia de una justa causa para dar por terminada la relación laboral, sino que es necesario que la parte que quien pretende el finiquito - en este caso la trabajadora por tratarse de un despido indirecto-, deberá señalar los hechos o motivaciones que dan origen a su decisión, tal como lo previó la Corte Constitucional en sentencia C – 594 de 1997.

La razón de lo anterior es por cuanto se permite con ello inferir cuales son las razones de fondo que configuran la justa causa legal para dar por finalizado el vínculo laboral, en desarrollo de los principios de buena fe y lealtad que deben estar inmersas al interior de las relaciones laborales. En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-19995-2017, reiteró una vez más lo siguiente:

"El despido indirecto, se materializa cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque de antaño se ha precisado, que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos

de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (CSJ SL18623-2016)."

Además de lo anterior, debe recordarse que no es viable invocar hechos ocurridos con una anterioridad excesiva a la fecha de la presentación de la carta de terminación del contrato, por cuanto según lo ha establecido de manera reiterada la jurisprudencia del máximo órgano de la justicia laboral ordinaria, para finalizar una relación laboral con justa causa, las que se invoquen por quien decide romper la relación contractual deben ser mediatas, dentro de un término moderado y razonable, pues de lo contrario se entienden que han sido condonadas.

En conclusión, que quien pretenda presentar su decisión de terminar la relación laboral, deberá, como primera medida, manifestarle a su empleador las razones de la terminación del vínculo, tal cual lo consagra el parágrafo del artículo 62 ibídem; en segundo lugar, deberá indicarse los motivos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo y, en tercer lugar, demostrar que tales hechos sucedieron por causa imputable al empleador.

Siendo ello así, en páginas 102 y 103 del PDF 01Demanda se encuentra carta de terminación del contrato de trabajo a la encartada emitida por la actora, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa imputable al empleador. Decisión que obedeció a que la enjuiciada incumplió sistemáticamente en el pago de salarios de los meses correspondientes a septiembre de 2018 a 4 de julio de 2019, aportes al sistema de seguridad social y la no consignación del auxilio de cesantía causado en el año 2018.

Como se observa la promotora del litigio comunicó a su empleadora el hecho y los motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales, fundamentalmente se basan en que la encartada incumplió sistemáticamente sus obligaciones, en tanto no realizó el pago de salarios y aportes al sistema de seguridad social, a lo que sumó la falta de consignación del auxilio de cesantía; contexto que sirvió para que el Juez de primer grado impartiera condena, por considerar que en efecto se hallaba demostrado que la pasiva se abstuvo de cancelar las citadas acreencias laborales en vigencia de la relación laboral.

Ahora, expuesta la razón de terminación del vínculo, corresponde acreditar los supuestos esbozados; en esa medida, a efecto de resolver si en el presente asunto alguna de las causales invocadas por la actora en la carta de terminación del vínculo laboral conlleva a establecer la configuración de un despido indirecto, de entrada, advierte la Sala que el A quo no pudo equivocarse al colegir que se encontraba acreditado el incumplimiento sistemático por parte del empleador de sus obligaciones convencionales o legales, pues de cara a las pruebas aportadas al plenario, se puede verificar que en efecto la demandada, en su calidad de empleador, se abstuvo de pagar salarios comprendidos septiembre de 2018 a 4 de julio de 2019; aspecto que sin duda llevó indefectiblemente a la actora a renunciar ante la persistencia en la falta del pago de la remuneración por los servicios prestados.

En este punto, debe precisar la Sala que es inadmisibile la justificación que señala la encartada en el impago de salarios al momento de sustentar la alzada, cuando considera que se abstuvo de cancelar los mismos dada las dificultades financieras por las que atraviesa la universidad; pues, como lo ha dicho la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia "*las dificultades por las que eventualmente pueda atravesar un sector de la economía, no pueden servir de excusa para que el empleador deje de honrar las obligaciones a su cargo*" (SL3012-2021).

Bajo ese norte, es claro que le asiste razón al cognoscente de primer grado cuando concluye que le asiste a la actora derecho al pago de la indemnización por terminación del contrato originada en causas imputables al empleador, pues como se dijo, fluye palmario que éste incumplió con su deber de pagar la remuneración en la forma pactada a la trabajadora de forma sistemática y en contravención a lo previsto del numeral 4° del artículo 56 del CST. Motivos suficientes para confirmar la sentencia en lo que hace a este reproche.

5. Indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. En lo atinente a este punto de censura, aduce la recurrente que su empleadora no actuó de buena fe dado que no aportó elementos de juicio para justificar la omisión en el pago de acreencias laborales, toda vez que la demanda se vale de problemas financieros, mismos que no permiten descartar su mala fe.

Frente a este reproche cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, en tanto que no existe justificación válida y tendiente a que la enjuiciada se abstuviera de cancelar a la finalización del contrato de trabajo existente entre las partes, prestaciones sociales y salarios, sin que sea dable atender lo relacionado con su difícil situación económica, para frenar la crisis financiera, pues tal y como lo señala la censura con acierto, estas circunstancias no la exime automáticamente de la indemnización moratoria, como ya advirtió la Sala de Casación Laboral de la CSJ, al señalar que:

"En un caso de similares contornos, en el que funge la misma recurrente, providencia CSJ SL3288-2021, se indicó que no era ajeno a la Sala que la fundación universitaria demandada atravesaba una grave crisis institucional que conllevó la vigilancia especial del Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Educación. Igualmente, se tuvo presente en aquella oportunidad, que aquella entidad ordenó la aplicación de «institutos de salvamento para la protección temporal de recursos y bienes de la Fundación Universitaria San Martín», conforme a lo previsto en la Ley 1740 de 2014, a fin de garantizar la continuidad del servicio público de educación superior. En ese orden el Ministerio de Educación profirió la resolución n.º 01702 del 10 de febrero de 2015, con el objeto de adoptar medidas tendientes a contrarrestar la crisis que enfrentaba la accionada, medidas transitorias, que de acuerdo con lo expuesto por la Corporación, no deben desconocer las obligaciones que recaen sobre la institución educativa accionada, a quien le corresponde determinar la forma como atenderá el pago de sus acreencias.

En ese orden, las razones esgrimidas por la censura no tienen la solidez suficiente para

derruir las conclusiones del Tribunal, en el sentido de que, previo a la intervención del Ministerio de Educación, la Fundación aquí demandada ya venía sustrayéndose del pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos a que tenía derecho el actor. Además, la «suspensión de pagos» aludida, conforme lo previsto en el artículo 14 de la citada Ley 1740 de 2014, requería la autorización previa del Ministerio de Educación Nacional y recaía sobre las obligaciones causadas hasta el momento en que se dispuso la medida, esto es, 10 de febrero de 2015, no posteriores como aquí acontece, si se tiene en cuenta que el contrato de trabajo finalizó el 17 de junio siguiente.”(SL5161-2021)

De tal suerte, conforme se ha reseñado en precedencia, considera esta Sala que no le asiste razón al sentenciador de primer grado al no imponer su condena, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de que la conducta del empleador fue provista de buena fe para no haber sido pagadas las prestaciones sociales y salarios a la finalización del vínculo laboral que ató a las partes, toda vez que las razones dadas por la dadora del laborío lejos están de tenerse en cuenta para los efectos que pretende, acotando, que aunque la Universidad Incca de Colombia fue intervenida por el Ministerio de Educación Nacional, quien mediante Resoluciones 20383 de 2015 y 003503 de 2019, dispuso medidas preventivas de vigilancia especial, aquello no puede ser constitutivo de fuerza mayor, en tanto que no quedó impedida legalmente para cumplir con el pago de las acreencias a su cargo, pues el objetivo de la intervención fue la de “*corregir o superar en el menor tiempo posible las situaciones, irregularidades y deficiencias*” de carácter administrativo y financieras que la llevaron a la crisis económica.

Por lo expuesto, habrá de revocarse parcialmente el numeral 6 de la sentencia confutada, para en su lugar, condenar a la encartada al pago de la indemnización moratoria.

5.1. Liquidación. Ha sido criterio de la suscrita magistrada que la indemnización moratoria en los precisos términos del artículo 65 del CST, procede a razón de un día de salario por cada día de retardo desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta la fecha de pago de los salarios y prestaciones sociales debidas, siempre que se haya elevado el libelo demandatorio dentro del término de los 24 meses contados desde la finalización del nexo contractual; no obstante lo anterior, en virtud de la orden adoptada dentro de la acción de tutela 110010205000202101124001 por parte de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia y confirmada por la Sala de Casación Penal de esta misma corporación en sentencia STL11218-2021 y, en la medida que estas decisiones fueron excluidas de revisión por parte de la Corte Constitucional, acogiendo lo allí dispuesto, se reconsideró desde la sentencia del 31 de julio de 2023 proferido dentro del proceso ordinario con radicado núm. 110013105009-2017-00798-01, la actual postura, para en su lugar y a partir de la citada fecha, acoger el criterio que reina actualmente en la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y que ha adoptado mayoritariamente esta Sala de Decisión Laboral luego de su nueva conformación, en lo que a la forma de liquidación de esta sanción se refiere, esto es que, si a la terminación del contrato ocurre después de la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, y se interpone la acción dentro de los 24 meses contados a partir de la fecha del finiquito, procede la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo hasta el mes 24 y a partir del mes 25 se deberán reconocer intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, y si transcurridos 24 meses el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar intereses moratorios a partir de la misma terminación del vínculo hasta que el pago se verifique, esto en el caso que el asalariado tenga una retribución superior al mínimo, tal y como ha sido reflejado entre otras, en las sentencias SL2966-2018, SL2140-2019 y SL2805-2020.

En consecuencia, para el caso en particular, se fulmina condena por este concepto, para lo cual se tendrá en cuenta que el libelo demandatorio se presentó por dentro de los 24

meses de finalizada la relación (acta de reparto del 8 de junio de 2021). En consecuencia, se deberá condenar a la encartada a pagar a favor de Diana Isabel Carreño Parra el valor de **\$68.175**, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde **6 de julio de 2019** (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta **6 de julio de 2021**, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a **\$49.086.000** y a partir del mes 25, es decir, desde el **7 de julio del mismo año**, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago por concepto de prestaciones sociales y salarios se verifique efectivamente.

Indemnización moratoria					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Moratoria
\$ 2.045.274	6/07/2019	6/07/2021	\$ 68.175,00	720	\$ 49.086.000

6. Indexación. Ante la procedencia de la indemnización moratoria no habrá lugar al pago de la indexación de las sumas por concepto de prestaciones sociales y salarios. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles, tal y como se señaló en sentencia SL2695-2019.

7. Sanción por la no consignación de cesantías e intereses a las mismas. En lo atinente a este punto de disenso y como quiera que el fallador de primer grado no impuso condena alguna sobre esto en contra de la encartada, determinación que no fue recurrida por la demandante, la Sala no entrará a efectuar pronunciamiento alguno.

8. Costas. En esta instancia a cargo de la demandada, por no haber prosperado el recurso de apelación interpuesto por ésta. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral 6º de la sentencia proferida el 28 de junio de 2023, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para condenar a la **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA** a pagar a favor de la actora los siguientes valores:

- a) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma de **\$68.175** correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde **6 de julio de 2019** hasta **6 de julio de 2021**, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a **\$49.086.000** y a partir del mes 25, es decir, desde el 7 de julio del mismo año, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago por concepto de prestaciones sociales y salarios se verifique efectivamente.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral 5º de la sentencia apelada, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada únicamente al pago de la indexación de las sumas arrojadas por concepto de vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, teniendo como IPC inicial el **6 de julio de 2019** y como IPC final al momento de su pago.

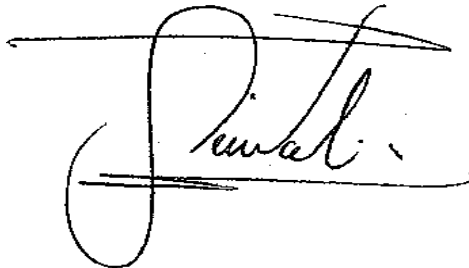
TERCERO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia de primer grado.

CUARTO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA**. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



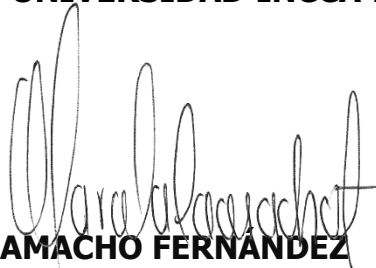
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **DIANA ISABEL CARREÑO PARRA** y a cargo de **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA** en la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: VITELVINA ALFONSO PARRA, LOURDES LILIANA RAMOS ORTIZ, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores, LEONEL FERNANDO y DANIA YISEL FAJARDO RAMOS.
Demandada: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS "INVIAS", VERGEL Y CASTELLANOS S.A., CONSTRUCTORA MONTECARLO VÍAS S.A.S., TECNIFICADAS S.A., HOUSING SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.
Radicado No.: 110013105-007-2015-00109-02
Tema: CULPA PATRONAL – REVOCA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Vitelvina Alfonso Parra, Lourdes Liliana Ramos Ortiz, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores, Leonel Fernando y Dania Yisel Fajardo Ramos, instauraron demanda ordinaria en contra el Instituto Nacional de Vías "Invias", Vergel y Castellanos S.A., Constructora Montecarlo Vías S.A.S., Tecnificadas S.A., Housing Servicios Integrales S.A.S., con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre estas y el causante José Dionel Fajardo Alfonso, el cual terminó el 26 de marzo de 2012 por muerte del trabajador; que se condene a las demandadas a la indemnización plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 del CST, en su componente de lucro cesante consolidado y futuro, perjuicios morales y perjuicios materiales, junto con el pago de la indexación, intereses moratorios y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el causante convivió con la señora Lourdes Liliana Ramos Ortiz por espacio de 9 años, procreando a Leonel Fernando y Dania Yisel Fajardo Ramos; que el señor José Dionel Fajardo Alfonso fue vinculado por la empresa Housing Servicios Integrales S.A.S desde el 20 de noviembre de 2006; que el trabajador falleció el 26 de marzo de 2012, debido a un accidente de trabajo, cuando se encontraba realizando actividades de pavimentación en la carretera nacional que comunica a los municipios de Pauna y Otanche; que la empresa Housing Servicios Integrales S.A.S., fue subcontratada por la Unión Temporal Transversal de Boyacá "UTTBT", que a su vez, fue contratada por el Instituto Nacional de Vías, de acuerdo con el contrato de obras INVIAS 780 DEL 2009 "Estudios y Diseños Gestión Social Predial y Ambiental y Mejoramiento del Proyecto Transversal de Boyacá"; que la unión temporal se encontraba integrada por las empresas Álvarez y Collins S.A., Vergel y Castellanos S.A. Constructora Montecarlo Vías S.A.S, y Construcciones Tecnificadas

S.A.; que ante INVIAS se agotó la reclamación administrativa, siendo esta petición contestada mediante oficio DT-BOY 46447 adiado 13 de Septiembre de 2012.

De igual forma, manifiestan que la Inspección de Trabajo de Tunja, inició investigación administrativa laboral contra Housing Servicios Integrales S.A.S, por el accidente mortal de trabajo del señor Fajardo, radicado 1358-30-04-2012-049.10.05.2012, en donde se decidió sancionar a la investigada; que el salario promedio mensual devengado por el fallecido fue de \$566.700; que para la fecha de su fallecimiento, su empleador no había puesto a disposición los materiales de trabajo, equipos de protección personal que genera la pavimentación y adecuación de la vía nacional; que al momento de su deceso contaba con 32 años de edad; que el causante mensualmente le aportaba dinero a su progenitora para su congrua subsistencia; que al momento del fallecimiento, el trabajador se encontraba construyendo un muro de contención, sin que para ello, su empleador haya tenido en cuenta la ola invernal (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 3 a 9).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 01Cuadernoprincipal, pág 250-251); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Instituto Nacional de Vías: En su respuesta la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que quien debe asumir las prestaciones originadas por el accidente de trabajo es su empleador ante la falta de afiliación a la Administradora de Riesgos Laborales, conforme lo dispuesto en el Decreto 1295 de 1994 y en el artículo 161 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, la entidad no es la llamada a reconocer los perjuicios solicitados. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación, inoponibilidad, falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 266 a 275).

3.2. Constructora Montecarlo Vías S.A.S.: La llamada a juicio respondió la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el señor José Doniel Fajardo Alfonso, nunca fue trabajador de esta empresa, por lo que no puede responder por contingencias que le corresponden asumir a su empleador Housing Integrales S.A.S. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación e incierta, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe, excesiva tasación de perjuicios, genérica e innominada. (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 369 a 377).

3.3. Álvarez y Collins S.A.: La encartada se opuso a la totalidad de las pretensiones, señalando para el efecto que el señor José Doniel Fajardo Alfonso, nunca tuvo vinculación laboral con la empresa, por lo que no es la llamada a responder por las indemnizaciones que se reclaman, como quiera que estas le corresponden asumirlas a su empleador. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación e incierta, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe, excesiva tasación de perjuicios, genérica e innominada. (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 378 a 386).

3.4. Housing Servicios Integrales S.A.S.: Está sociedad a través de curador ad litem, manifiesta que no se opone a las pretensiones de la demanda y frente a los hechos allí expuestos, refiere que no le constan. Propuso la excepción de mérito denominada genérica. (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 566 a 568).

3.5. Vergel y Castellanos S.A.: La encartada se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el empleador del causante fue la sociedad Housing Servicios Integrales S.A.S. y es a esta sociedad a la que le correspondía tener a su trabajador afiliado a una ARL, quien, a su vez, debe responder por las prestaciones económicas derivadas del fallecimiento del señor Fajardo Alfonso. Como excepciones de mérito propuso las que denominó buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de ejecutar dos contratos de trabajo de manera simultánea, indebida acumulación de pretensiones, imposibilidad de condenar a la parte demandada por extinción de la obligación por pago total, hecho exclusivo y determinante de la víctima en la producción del daño; excepción genérica o innominada (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 622 a 626).

3.6. Tecnificados S.A.: En respuesta a la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no hace parte de la unión temporal Transversal de Boyacá, por lo que ninguna responsabilidad puede tener en el accidente sufrido por José Dionel Fajardo Alfonso, adicional a ello, debió ser su empleador el responsable de brindar los elementos de seguridad industrial. De otro lado Tecnificados S.A. nunca contrató al subcontratista Housing Servicios Integrales S.A.S. Como excepciones de mérito propuso las que denominó mi defendida no es parte de la unión temporal transversal de Boyacá, ausencia de solidaridad, inexistencia de las obligaciones que se demandan, cobro de lo no debido y libertad de empresa (Expediente electrónico, PDF 02CuadernoCopiaDemanda, pág. 1186 a 1194).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de diciembre de 2022, en la que el fallador declaró probada de oficio la excepción de cosa juzgada, en consecuencia, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y grabó en costas a la parte demandante.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que no se encontraba en discusión que el trabajador fallecido José Dionel Fajardo Alfonso, suscribió contrato de trabajo con Housing Servicios Integrales S.A.S., el cual se mantuvo vigente desde el 20 de noviembre de 2006 hasta el 26 de marzo de 2012, fecha en que se produjo el accidente y fallecimiento del trabajador, producto del accidente de trabajo.

A pesar de lo anterior, consideró que se configuraba la excepción de cosas juzgada, en la medida que ante el Juzgado 21 Civil de Circuito de Bogotá se presentó demanda por parte de Vitelvina Alfonso Parra, Lourdes Liliana Ramos Ortiz, en nombre propio y en representación de sus hijos, Leonel Fernando y Dania Yisel Fajardo Ramos, y en contra del Instituto Nacional de Vías "Invías", Vergel y Castellanos S.A., Constructora Montecarlo Vías S.A.S., Tecnificadas S.A., Housing Servicios Integrales S.A.S., a través de la cual se pretendía la declaración de una responsabilidad civil extracontractual, con la consecuente indemnización plena de perjuicios, peticiones que resultan idénticas en cuanto a su monto y sustento a las planteadas en este juicio, en la medida que las mismas encontraban fundamento en el fallecimiento del señor José Dionel Fajardo Alfonso, con ocasión de la ocurrencia del accidente de trabajo. Refirió que se configuraba la cosa juzgada en el momento en el que, el juzgado de conocimiento aceptó a través de auto de fecha 18 de julio de 2014, el desistimiento de las pretensiones de la demanda, en la medida que los integrantes del extremo pasiva de la acción, ya se encontraban debidamente notificada.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recursos de apelación por la parte **demandante**, esgrimiendo que, no es acertada la interpretación que se le da al artículo 314 CGP, pues si bien, se inició demanda en contra de las aquí demandada

ante el Juzgado 21 Civil de Circuito de Bogotá, lo cierto es que, los montos de las pretensiones son diferentes a las que son solicitada en este juicio. Aunado a ello, expone que se presentó el desistimiento, porque debido a un error involuntario se impetró demanda ante los jueces civiles, y en el transcurso de esta acción advirtió que lo procedente era un proceso laboral, por lo que le solicitó a esta dependencia judicial que dicho trámite fuera remitido a los juzgados laborales, sin que frente a esta petición se hubiese realizado algún pronunciamiento al respecto.

De otro lado, sostiene que el artículo 315 del CGP, expresamente establece que los incapaces no pueden desistir, a menos que cuenten con licencia judicial, lo que no ocurrió dentro del proceso civil, por lo que no podía aceptarse el desistimiento.

Finalmente, argumenta que no se configuran los elementos de la cosa Juzgada, en la medida que las pretensiones son diferentes en laboral como en civil, como quiera que la culpa patronal no se encuentra contemplada en la legislación civil, sumado al hecho que, en el Juzgado Civil, ni siquiera se practicó la primera audiencia.

6. Alegatos de conclusión. La parte demandante alegó en su favor que se presenta una indebida interpretación del artículo 304 del CGP, en la medida que no existe identidad de asuntos ya que la demanda radicada el 12 de febrero de 2013, conocida por el Juzgado 21 Civil del Circuito, trato de un proceso declarativo ordinario de responsabilidad civil extracontractual, mientras que en la demanda radicada el 6 de febrero de 2015 tramitada por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá hace referencia a un proceso ordinario laboral de culpa patronal. Por su parte la demandada Constructora Álvarez y Collins S.A. señaló que comparte los preceptos de hecho y de derecho proferidos por el Señor Juez de primera instancia, por lo que solicita que se confirme la sentencia apelada.

A su vez, INVIAS solicita que se confirme la sentencia objeto de censura, teniendo en cuenta que en el presente caso operó la cosa juzgada ante el desistimiento de las pretensiones de la demanda formulada por el actor ante el Juzgado 21 Civil Municipal del Circuito de Bogotá, en este mismo sentido presentó alegatos Chubb Seguros Colombia S.A.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El A quo erró al colegir que se encontraban configurados los elementos para declarar de oficio la excepción de cosa juzgada? (ii) En caso positivo, se deberá dilucidar ¿Si en el caso bajo estudio se configura la culpa patronal del artículo 216 del CST y, por ende, si hay lugar a la condena impuesta por indemnización plena o total y ordinaria de perjuicios?

3. Relación laboral. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales. Por ende, es un hecho probado dentro del presente juicio que el señor José Dionel Fajardo Alfonso, suscribió contrato de trabajo con Housing Servicios Integrales S.A.S.,

el 20 de noviembre de 2006, el que se mantuvo vigente hasta el 26 de marzo de 2012, fecha en la que se produjo su óbito, como consecuencia de un accidente de trabajo.

4. Cosa juzgada. EL recurrente aduce que, contrario a lo colegido por el cognoscente de primer grado, no se configuró la excepción de cosa juzgada derivada del proceso adelantado ante el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, señalando para tal efecto que en dicho proceso se debatieron pretensiones diferentes a las planteadas en el presente juicio.

Frente a ello, lo primero que se debe recordar es que, al funcionario judicial le corresponde declarar oficiosamente las excepciones que encuentre demostradas dentro del trámite procesal, salvo los de prescripción, compensación y nulidad relativa, los que, si deben ser alegados por las enjuiciadas, conforme lo dispone el artículo 282 del CGP, por ello, es claro que el Juez de instancia actuó con apego a dicho postulado, dado que encontró probada la configuración de los elementos de la cosa juzgada, medio exceptivo que no se encuentra reservado únicamente para las partes, conforme lo expresado en la norma en cita, a pesar de lo anterior, le corresponde a esta colegiatura en esta oportunidad, establecer si la decisión adoptada por el Juez de conocimiento fue acertada o no.

Para efectos de lo anterior, es menester recordar que la cosa juzgada procura que las providencias judiciales mantengan en forma definitiva el carácter de inmutables, para impedir que la cuestión principal debatida en un proceso pueda volver a ser objeto de controversia en otro. Entonces, para que esta institución se configure deben aparecer los tres elementos que la estructuran: (i) identidad de partes (*eadem personae*), entendiéndose que no es la identidad de las personas sino de partes jurídicas, que se debe dar entre quienes actuaron en el primer proceso y las que intervienen en el que se aduce cosa juzgada; (ii) identidad de la cosa u objeto (*eadem res*), que se presenta cuando en el nuevo proceso se controvierte el mismo bien jurídico e; (iii) identidad de causa (*eadem causa petendi*), que se da cuando coinciden los fundamentos de hecho en los varios procesos.

Conforme a lo expuesto, se debe resaltar que la excepción declarada de oficio no se estructuró a raíz de una sentencia judicial, sino en virtud de los efectos derivados del desistimiento de las pretensiones formuladas ante el Juzgado Civil anteriormente referido, por tanto, en relación a los efectos de la cosa juzgada cuando se ha desistido de un proceso anterior, el artículo 314 del CGP, dispone que esta actuación procesal implica la "*renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada*", por ende, el auto que lo acepte produce los efectos de un sentencia absolutoria.

Con la finalidad de desatar el recurso de apelación, se advierte que dentro del informativo obra copia de las actuaciones adelantadas dentro del proceso declarativo con numero de radicación 11001310500720150010900, documentos en los que se verifica que efectivamente en proceso anterior el extremo activo solicitó ante la jurisdicción Ordinaria en su especialidad civil, que se declare civilmente responsables a todos y cada uno de los aquí demandados, en consecuencia, se les condene al pago de perjuicios materiales, con ocasión del óbito del señor José Dionel Fajardo Alfonso en el accidente de trabajo acaecido el 26 de marzo de 2012 (Expediente electrónico, PDF 0606ProcesoJuzgadoCivil, pág. 78 a 84), acción que fue objeto de desistimiento el 16 de septiembre de 2013, y aceptado a través de proveído del 18 de julio de 2014, por parte del Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá.

No obstante, a esta actuación procesal no se le pueden irrogar los efectos del desistimiento, en los términos de la norma en comento, como quiera que, tal y como lo refiere el apoderado recurrente, las pretensiones de una y otra demanda son disimiles entre sí, pues si bien, en ambas se persigue una indemnización a favor de los demandantes con ocasión del deceso del señor José Dionel Fajardo Alfonso, lo cierto es que, la acción civil tenía por objeto que se declarara la responsabilidad civil extracontractual de los enjuiciados y en consecuencia el pago de perjuicios materiales bajo las previsiones de los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, mientras que en la presente acción se persigue la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, entre el de cujus y los convocados a juicio, así como la indemnización plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 del CST, de manera que, no existe identidad de objeto al ser diferentes los bienes jurídicos, (declaración y prestación) reclamados en el petitum de las demandas contrastadas.

Así las cosas y al no existir identidad de objeto, indudablemente no se configuran los elementos para declarar probada la excepción de cosa juzgada, sin que sea necesario realizar disquisición adicional respecto de los demás reparos expuestos en la alzada por la activa, en tanto que, no es competencia de este colegiado pronunciarse sobre las alegadas omisiones en que supuestamente incurrió el juez civil del circuito.

Por lo anterior, se deberá revocar la decisión recurrida, por lo que le corresponde a esta sala de decisión, pronunciarse frente a las demás súplicas de la demanda.

5. Indemnización plena y ordinaria artículo 216 C.S.T. Establece el artículo 216 del C.S.T, que *"cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios"*.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 30 de junio de 2005 (Radicación 22.656), sostuvo:

" (...) es del caso precisar que para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo exige la ley, amén, obviamente, de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, la 'culpa suficientemente comprobada' del empleador; a diferencia de lo que ocurre con las prestaciones económicas y asistenciales tarifadas previstas, hoy, en los artículos 249 y siguientes de la Ley 100 de 1993, Ley 776 de 2002 y demás normas que las reglamentan, especialmente las contenidas en el Decreto 1295 de 1994, que se causan por el mero acaecimiento de cualquiera de las contingencias anotadas, sin que para su concurso se requiera de una determinada conducta del empleador".

Como puede verse la culpa patronal es un régimen de responsabilidad subjetiva por **culpa probada del empleador**, y para que opere debe tenerse en cuenta la convergencia de los elementos estructurantes de la misma, a saber, hecho dañoso que se evidencia con la ocurrencia del riesgo profesional (accidente de trabajo), la culpa suficientemente comprobada del empleador, y el nexo de causalidad entre los primeros dos elementos.

En tal sentido descendiendo al caso *sub examine*, bajo los derroteros legales y jurisprudenciales traídos a colación con anterioridad, procede la Sala a verificar si operó la culpa patronal del artículo 216 del C.S.T, en lo atinente a la acreditación de los elementos estructurantes del régimen de responsabilidad subjetiva por culpa del

empleador y la asunción que le corresponde de la carga de la prueba a cada uno de los extremos litigiosos.

5.1 Hecho dañoso/ocurrencia del riesgo/daño. En el caso materia de estudio, corresponde al accidente de trabajo, el cual ocurrió el 26 de marzo de 2012, tal como se detalla en el "concepto técnico de accidente" (Expediente electrónico, PDF 01Cuadernoprincipal, pág. 106 a 110), donde se indica que *"Según el relato adjunto en esta obra llevaban trabajando dos días, la tarde anterior se había excavado el terreno con la máquina retroexcavadora y al día siguiente estaban haciendo acondicionamiento manual del terreno con palas y picas y no siguieron la instrucción del ingeniero de la obra de realizar la excavación en forma de talud si no que la hicieron vertical, esto desestabiliza el terreno y se produce un derrumbe de aproximadamente 12 mts de largo y de 2,5 mts de altura, quedando atrapado el señor Jose Dionel Fajardo , el cual fue rescatado del derrumbe y Ilevado en la ambulancia hasta el Hospital de Borbur, donde fallece".*

5.2 Culpa patronal. Importa precisar el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de cómo se distribuye la carga de la prueba frente a la culpa patronal: *"La Corte ha reivindicado históricamente una regla jurídica por virtud de la cual, por pauta general, al trabajador le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo, pero, por excepción, con arreglo a lo previsto en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1604 del Código Civil, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores. (Al respecto pueden verse decisiones como las CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23489, CSJ SL, 10 may. 2006, rad. 26126, entre muchas otras)".*

Adicionalmente ha establecido la Jurisprudencia que *«...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores.»* (CSJ SL7181-2015).

Así mismo en la sentencia CSJ SL17216-2014 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, recalca que *«...corresponde a quien pretende el pago de la indemnización demostrar la inobservancia injustificada de los deberes por parte del patrono, que como se anotó también derivan del pacto contractual, y la plena incidencia que tuvo en la ocurrencia del siniestro, pues no siempre que exista un resultado dañoso aquella opera, en tanto corresponde atenderse la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro y, fundamentalmente, la diligencia de quien lo creó.»*

A pesar que la parte accionada de manera lacónica, imputa la ocurrencia del infortunio en donde pierde la vida el trabajador, al simple hecho que no le fueron puesto a disposición los materiales de trabajo, equipos de protección personal y no tenerse en cuenta la ola invernal presentada en la locación en donde se estaba ejecutando las obras, lo cierto es que el mismo concepto técnico de accidente realizado por la Administradora de Riesgos Laborales Colpatria S.A., se identifican como causas básicas que dieron origen al impase, las siguientes:

“FACTORES PERSONALES

- **Entrenamiento inicial inadecuado:** *No se observa que el trabajador haya recibido inducción específica en la identificación (sic) de peligros y normas de seguridad para la realización segura de esta tarea.*

- **Falta de experiencia:** *actualmente llevaba 6 meses interrumpidos en dos contratos de trabajo para labores que Housing Services SAS, desarrolla en la zona con el contratista CDI, contratos verbales por obra o labor y se utiliza el recurso humano de la zona disponible para el trabajo. (no hay un proceso de selección de personal según perfiles de cargo)*
- **Orientación deficiente:** *Durante el proceso de excavación de no se dio la instrucción por el SISO del contratista CDI, en delimitar las zonas de peligro por riesgos de derrumbes, inestabilidad de terrenos, evaluación de seguridad pre. Operacional.*

FACTORES DEL TRABAJO

Falta de procedimientos seguros de trabajo: *durante el proceso de excavación del terreno no se cumplieron los siguientes aspectos seguros de operación para evitar este tipo de accidentes:*

1. *Evaluación geológica del terreno para definir métodos de excavación y riesgos en la operación.*
2. *No se evidencia talud de contención del terreno en el momento del derrumbe.*
3. *No se interrumpió el transito sobre el borde o carril de esta área de excavación.*
4. *No se identifica ningún tipo de entibado o apuntalamiento del terreno en la medida que se avanzaba en la excavación.*

Falta de normas de seguridad: *No se tienen establecidas normas de seguridad para este tipo de operación en campo.*

Falta de supervisión y liderazgo: *No se encuentra ningún reporte del inspector de seguridad del contratista CDI, verificando la condición de la tarea y la viabilidad de la misma”.*

Aunado lo anterior, se debe hacer hincapié que, también fueron identificadas como causas inmediatas en la ocurrencia del accidente de trabajo, las siguientes:

"CAUSAS INMEDIATAS ACTOS INSEGUROS

Ubicación peligrosa dentro del área de trabajo: *ubicarse en el área de excavación a continuar labores de acomodación manual del terreno, sin previo análisis de las condiciones de estabilidad del terreno o permiso de trabajo seguro por parte del SISO encargado de la obra.*

No advertir el peligro: *El trabajador no observa que el terreno es inestable por las condiciones rocosas del mismo que potencian un derrumbe en la medida de excavar el terreno”.*

Como condiciones inseguras fueron identificadas las que se citan a continuación:

"Inestabilidad del terreno: *Se identifica en el registro fotográfico terreno inestable compuesto en un alto porcentaje por rocas de diferentes tamaños lo que potencializa derrumbes acelerado por a (sic) excavación con maquinaria y manual del terreno.*

Tránsito de vehículos por la vía y condiciones climáticas: *Esta zona es de precipitación lluviosa permanente y la máquina retroexcavadora había realizado la operación de excavado la tarde anterior y no se observa que el carril donde se estaba excavando estuviera cerrado para circulación de vehículos lo que hace que los pesos de los vehículos aumenten la inestabilidad del terreno”.*

Así las cosas, queda acreditado en el plenario la negligencia o actitud omisiva del empleador Housing Servicios Integrales S.A.S., en el accidente de trabajo en comento,

al faltar a sus obligaciones de supervisión, inspección, verificación del terreno en donde se debían ejecutar las labores para las cuales fue contratado el causante, pues los hallazgos que se resaltan en la prueba documental anteriormente referida, dan cuenta que este hecho pudo ser prevenido si se hubiese realizado un análisis de estabilidad del terreno y se hubiesen identificado los riesgos que conllevaba esta operación.

De otro lado, llama poderosamente la atención de la sala que, la ejecución de estas obras se adelantaron no solamente sin métodos de excavación, sin la implementación de un talud de contención en caso de derrumbe, entibados o apuntalamiento del terreno que previnieran fallos en las excavaciones realizadas, sino que, las normas de seguridad para esta operación eran inexistentes, así como también brillo por su ausencia, reportes por parte del inspector de seguridad, en donde se determinaran y verificaran las condiciones de las labores a realizar, así como su viabilidad.

Sumado a lo ya expuesto, también se debe hacer notar que, al finado no se le brindó capacitación, ni inducción para la realización de las labores que se encontraba ejecutando al momento de su deceso, lo que, sin duda no le permitía la identificación de los riesgos en el área de operación, máxime, cuando también se encontró que no existía un análisis de las condiciones de estabilidad el terreno.

Como si lo anterior fuera poco, también se debe hacer notar que, el Ministerio de Trabajo, a través de Resolución 230 de 25 de septiembre de 2013, luego de adelantar una investigación administrativa en contra de Housing Servicios Integrales S.A.S., resolvió imponer una multa equivalente a \$5'667.000, luego de encontrar acreditado el incumplimiento de las normas de salud ocupacional con ocasión del accidente de trabajo que es objeto de estudio en esta oportunidad (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 159 a 164).

Resulta diáfano que el trabajador estaba expuesto a factores de riesgos muy alto, no solo por la naturaleza de las actividades realiza, sino que en su ejecución se presentaron serias e infundadas inconsistencias que comprometieron su vida, así mismo, el empleador demandado no procuró el cuidado integral del trabajador ni un óptimo ambiente de trabajo, en vista que se no fueron evaluadas las condiciones de seguridad, estabilidad del terreno, ni si quiera existió concepto de viabilidad para la realización de las labores en campo, lo que sirve de fundamento para la imputación de responsabilidad subjetiva a título de culpa de la demandada por la ocurrencia del accidente de trabajo que sufrió el señor Fajardo Alfonso, pues es clara la infracción y el desconocimiento de los literales c), d) y g) del artículo 21 de Decreto No. 1295 de 1994 y articulo 62 ibidem.

5.3 Nexo causal. Demostrado como quedó que ocurrió un accidente de trabajo, y que el empleador no acreditó que frente a tal riesgo haya obrado de manera diligente o con el cuidado debido, adoptando las medidas de protección adecuadas y realizando una supervisión efectiva frente a la labor efectuada por el actor, resulta palmario el nexo de causalidad y la consecuente asunción de los riesgos o contingencias creadas.

6. Estimación de los valores condenados. Conforme con las consideraciones hasta aquí expuestas, se estudiarán las demás suplicas de la demanda relacionadas con los perjuicios materiales (lucro cesante consolidado y futuro) e inmateriales; en los siguientes términos.

6.1 Lucro cesante. Sobre este tema, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 30 de julio de 2005, radicación 22.656, enseñó:

*"En cuanto tiene que ver con el 'lucro cesante', habrá de distinguirse el "pasado", esto es, el causado a partir de la terminación del vínculo laboral del actor y hasta la fecha del fallo, pues, durante el término anterior, esto es, de la fecha del accidente –10 de octubre de 1996-a la de desvinculación laboral –7 de mayo de 1998--, se impone entender, por no existir en el recurso extraordinario reclamación al respecto, que la empleadora cumplió sus obligaciones laborales con el trabajador y, por ende, no se generó esa clase de perjuicio, del 'lucro cesante futuro', es decir, el que a partir de la fecha de la providencia se genera hasta el cumplimiento de la expectativa probable de vida del trabajador, y para su cálculo se seguirá el criterio adoptado por la Sala en sentencia reciente de 22 de junio de 2005 (Radicación 23.643), en la que se dijo que se acogerían las fórmulas, adoptadas también por la Sala de Casación Civil de la Corte para calcular estos conceptos indemnizatorios en diversas sentencias, entre ellas, las de 7 de octubre de 1999 (exp. 5002), 4 de septiembre de 2000 (exp. 5260), 26 de febrero de 2004 (exp. 7069) y más recientemente de 5 de octubre de 2004 (exp. 6975), en las cuales se calcula, **el primer concepto, multiplicando el monto del salario promedio devengado para la fecha de retiro, actualizado hasta la fecha de la sentencia, por el factor de acumulación de montos que incluye el factor correspondiente por ese período al 0.5% mensual (6% anual) por interés lucrativo; y el segundo concepto, partiendo del monto del lucro cesante mensual actualizado, para luego calcular la duración del perjuicio -atendida la expectativa probable de vida del perjudicado, y reducida aritméticamente a un número entero de meses desde la fecha de la sentencia--**, para concluir en el valor actual del lucro cesante futuro, previa deducción del valor del interés civil por haberse anticipado ese capital..."*

Igualmente, viene a propósito en este punto traer a colación la sentencia del 12 de septiembre de 1991, expediente 6572, en la que H. Consejo de Estado observa:

"Como sería absurdo negar indemnización argumentando que la víctima no ha sufrido pérdida patrimonial alguna, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado que en tales circunstancias el monto indemnizable por lucro cesante se liquida teniendo en cuenta el porcentaje de incapacidad sufrido por aquélla".

6.1.1. Lucro cesante consolidado. En lo que hace a los materiales irrogados, importa resaltar que el lucro cesante consolidado comprende la privación de la utilidad, beneficio, aumento o provecho que pudiendo percibirse, no se logra por causa de la lesión. Por manera que, siguiendo el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (radicados N° 35261 del 2010, y 39446 de 2012), el mismo se ha calcular desde la fecha de terminación del contrato laboral (26 de marzo de 2012) hasta la fecha en que se profiera esta sentencia (31 de julio de 2023), actualizando a valor presente el salario devengado que corresponde a la suma de \$567.000 (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 159 a 164) , arrojando la suma de \$1´160.000, como lucro cesante mensual. Así las cosas, se obtiene un lucro cesante consolidado de **\$230´054.618,39**, con base en 138,13 meses transcurridos entre el fallecimiento del trabajador y la fecha en que se profiere la presente sentencia.

6.1.2 Lucro cesante futuro. En punto a calcular el lucro cesante futuro debe partirse de la operación de multiplicar el monto indemnizable actualizado con deducción de réditos por anticipo de capital (6% anual o 0.5% mensual), según el índice exacto a los meses del daño, aplicando la aludida fórmula que al efecto establece la jurisprudencia en cita, con base en la expectativa de vida del actor según la Resolución No. 1555 del 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia (tablas de Mortalidad). Así, teniendo en cuenta que para la fecha en que falleció el trabajador contaba con 31 años, por haber nacido el 1 de abril de 1980 (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 11), su expectativa de vida era de 38 años, lo que equivale 456 meses, que arrojan un valor por pagar de **\$208.134.868,93**.

Fecha del cálculo	31 de julio 2023
Género	Hombre
Fecha de nacimiento	1 de abril de 1980
Fecha de fallecimiento	26 de marzo de 2012
Salario actualizado a la fecha	1.160.000
% de pérdida de capacidad laboral	100
% lucro cesante	1.160.000
Valor lucro cesante mensual (LCM)	\$ 1.160.000,00
Edad a la fecha del cálculo	43,35890411
Años de expectativa de vida R-1555 de 2010	38
No. de meses a calcular LCC	138,1333333
No de meses expectativa LCF	456
Tasa de interés anual (ia)	6%
Tasa de intereses mensual (im)	0.5 %

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO	
VA=LCM * Sn	
LCM	\$1.160.000,00
Sn	0,991614734
Sn	198,3229469
VA	\$230.054.618,39

LUCRO CESANTE FUTURO	
VA=LCM (1+i)^n-1 i(1+i)^n	
VA=LCM	8,721295865
	0,048606479
VA=LCM	179,4266111
VA=	\$ 208.134.868,93

En consecuencia, corresponde por esos conceptos, la suma total de **\$ 438.189.487.** Suma dinero que deberá ser reconocida y cancelada a los demandantes en partes iguales, es decir, la suma de \$109´547.371,75, para cada uno de ellos.

6.2 Perjuicios morales familiares. Al respecto, de tiempo atrás tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que, en materia de perjuicios morales derivados de un accidente de trabajo, es posible en principio presumirlos, a menos que el daño sea invocado por personas ajenas al núcleo familiar del accidentado, a quienes sí les asiste el deber de demostrarlos; igualmente ha sostenido que su tasación queda al prudente arbitrio del juzgador, ya que se trata de un daño que no puede ser evaluado monetariamente, por ser imposible determinar cuál es el precio del dolor (SL1911-2019, SL4665-2018, SL32720 de 2008, entre otras).

Con fundamento en lo anterior, con respecto a Leonel Fernando y Dania Yisel Fajardo Ramos en calidad de hijos y a favor de Vitelvina Alfonso Parra, en calidad de madre del causante, no es necesario acreditar los perjuicios morales irrogados, pues los mismos deben presumirse, en tanto que le corresponde a la pasiva Housing Servicios Integrales S.A.S. derribar la presunción *iuris tantum* con la prueba del hecho contrario. En este sentido, en sentencia SL4213 de 2019, se dijo al respecto:

"En efecto, esta Corporación ha adoctrinado en la sentencia CSJ SL del 6 de jul. 2011, rad. 39867, reiterada por la CSJ SL13074-2017, que *«los perjuicios morales se dividen en objetivados y subjetivados»*; los primeros, son aquellos resultantes *«de las repercusiones económicas de las angustias o impactos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso»*; mientras que los otros son los que *«exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, pesadumbres, soledad, aflicción, dolores internos, [p]síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir»*.

Así mismo, como se señala en la anterior providencia, no es suficiente con asegurar que un hecho dañoso -accidente laboral o enfermedad laboral-, ha originado un perjuicio moral, sino que *«hay que comprobar los lazos de parentesco o los lazos de cercanía con la víctima y la incidencia de aquel insuceso en los sentimientos íntimos del damnificado por la conducta del empleador»*.

Igualmente, debe tenerse presente, que el aludido fallo recordó lo ilustrado en la CSJ SC del 5 de may. 1999, rad. 4978, en punto a que la **«Presunción de hombre (presunción hominis) o presunción judicial»**, que ha de entenderse: (Negrilla del texto original)

[...] *como aquella en donde la prueba «dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge»*.

Lo anterior significa que se presume el dolor, la aflicción, la congoja de quien invoca y, desde luego, prueba la relación familiar con la víctima directa; condición no solamente anclada, como lo ha dicho esta Sala, en lazos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos, sino también a través de un vínculo consanguíneo, afín, por adopción o de crianza.

Ahora bien, como presunción que es, resulta insoslayable la circunstancia de que puede ser derruida por el llamado a reparar los perjuicios, laborío que cumple en cuanto acredite que pese a que la persona reclamante forma parte del núcleo familiar, las condiciones, por ejemplo, de fraternidad y cercanía mencionadas no existieron.

Adicionalmente, en la publicitada sentencia esta Sala también reiteró lo asentado en la CSJ SL,15 oct. 2008, rad. 32720, allí se dijo que:

[...] *el pretium doloris o precio del dolor, como desde antiguo lo identifica la doctrina, queda a discreción del Juzgador, siguiendo la jurisprudencia nacional y teniendo en cuenta la consideración humana y con ella su dignidad, al amparo de los artículos 1º y 5º de la Carta Política, con el fin no sólo de garantizarle al afectado sus derechos, sino también de satisfacerlos de alguna manera. Para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño padecido por el accidente de trabajo."*

Posición que ha sido pacífica y reiterativa por el citado máxima Corporación de la jurisdicción laboral, tal como lo fue en sentencias SL4223-2022, SL187-2022, SL3749-2021, SL2665-2021, SL5656-2021, SL5686-2018, SL-4794-2018, SL1525-2017, SL10194-2017, SL17547-2017, rad. 29644 -2007, rad. 32.720-2008 y rad. rad. 42433-2013, entre otras.

Ante ese panorama jurisprudencial, fue un hecho indiscutido en el proceso la relación de parentesco entre el de cujus con Leonel Fernando y Dania Yisel Fajardo Ramos (hijos) y Vitelvina Alfonso Parra (madre), circunstancia que se logra además acreditar con los registros civiles de nacimiento con número serial 6006728, 42871158 y 36697092, respectivamente, que fueron allegados junto con la demanda (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 11 a 13).

En cuanto a la incidencia del accidente de trabajo en los sentimientos íntimos de su hijo y su señora madre, por la conducta del empleador, ha de decir la Sala que en el plenario no se halla medio de persuasión tendiente a derribar la presunción de la que se benefician, por el contrario, se ratifica con el hecho de que a consecuencia del accidente de trabajo que sufrió su ser querido, tuvieron que sortear las calamitosas situaciones sentimentales y económicas, lo que de por sí trae consigo aflicción, angustia o dolor y la obvia afectación psicológica y familiar. Conclusión a la que se arriba luego de escuchar las declaraciones de los testigos Hugo Leonel Páez Ortiz y Campo Elías Cortés.

Así las cosas, es innegable para la Sala que el accidente laboral que sufrió el José Dionel Fajardo Alfonso, en donde perdió la vida, los ha afectado emocionalmente, permitiendo deducir con ello la generación del daño, por lo que, se estima proporcional y ajustado el reconocimiento por este concepto, la suma de 25 SMLMV para cada uno, esto es, a favor de Leonel Fernando Fajardo Ramos, Dania Yisel Fajardo Ramos (hijo) y Vitelvina Alfonso Parra (madre).

Ahora, en cuanto a Lourdes Liliana Ramos Ortiz en calidad de compañera permanente, debe acotar la Sala que fue aportada declaración extraproceso ante la Alcaldía Municipal de San Pablo de Borbur por parte del señor José Emiliano Fajardo, quien manifestó ser padre del trabajador fallecido e hizo constar que la demandante convivió con su hijo por un espacio de 9 años y de dicho vínculo nacieron dos hijos, de nombre Dania Yisel y Leonel Fajardo Ramos (Expediente electrónico, PDF 01CuadernoPrincipal, pág. 11).

A su vez, los testigos Hugo Leonel Báez Ortiz y Campo Elías Cortés al unísono, vecinos y amigos de la familia, sostuvieron que el señor José Dionel Fajardo Alfonso convivió hasta la fecha de su óbito con Lourdes Liliana Ramos Ortiz, relación que se mantuvo por espacio de más de diez años. A su vez, indicaron que ellos vivían en la vereda Paramo Laguna del Municipio de San José de Borbur – Boyacá junto con su hija. Relataron también que, para la fecha en la que se produjo el deceso del causante, su compañera permanente se encontraba en estado de embarazo y dependía económicamente del señor fajardo, pues él era quien proveía los gastos de su hogar.

De acuerdo con lo anterior, es evidente que a la señora Liliana Ramos también se le ha generado un perjuicio moral, pues como quedó acreditado, ella no solo conformó un hogar con el trabajador fallecido, lo que evidentemente demuestra un lazo de cercanía con la víctima, sino que para la fecha del infortunio contaba con una niña de siete años y se encontraba en estado de gestación de su hijo menor, quedando totalmente desamparada, como quiera que el único sustento económico del hogar era José Dionel Fajardo Alfonso, por lo tanto, esta instancia judicial acudiendo a la sana crítica, considera que el valor en que se deben fijar esta clase de perjuicios para la compañera supérstite es 25 SMLMV.

7. Intereses moratorios e indexación. Como se petitionó la indexación de las condenas, se accederá a la misma, toda vez que al momento del pago ésta sufrirá los efectos del hecho notorio de la devaluación de la moneda; corrección monetaria que deberá calcularse utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de

Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y desde la fecha en que se profiere esta sentencia de segunda instancia hasta el momento efectivo del pago de la obligación. De acuerdo con lo anterior, en la medida que esta condena resulta ser incompatible con los intereses moratorios conforme ha sido advertido en sentencias CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 41392, reiterada en la sentencia SL17216-2014, no se accederá a los mismos.

Aunado lo anterior, esta alta corporación tiene definido que los intereses legales previstos en el artículo 1617 del Código Civil resultan improcedentes, frente acreencias laborales, tal y como ha sido expuesto en sentencias CSJ SL, rad. 16476, 21 nov. 2001, reiterada en decisión CSJ SL3449-2016 y SL4849-2019.

8. Responsabilidad de los codemandados. Conforme el petitum de la demanda, las personas jurídicas Instituto Nacional de Vías "Invias", Vergel y Castellanos S.A., Constructora Montecarlo Vías S.A.S. Álvarez y Collins S.A. y Tecnificadas S.A., fueron convocadas a este juicio, con la finalidad que se declarara una relación laboral con el demandante, a pesar de ello, conforme lo encontró acreditado el juzgado de instancia, el único empleador del señor José Dionel Fajardo Alfonso, fue la sociedad Housing Servicios Integrales S.A.S., sin que esta consideración fuera objeto de censura por la parte accionante, siendo entonces ella la única responsable de las condenas impuesta en la presente sentencia, en tanto que, ni de manera principal, ni subsidiaria, fue solicitado que se declarara solidariamente responsables a las codemandada de las condenas derivadas del accidente de trabajo de la que fue víctima José Dionel Fajardo Alfonso. Por lo que se impondrá la absolución a estos sujetos procesales, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

9. Costas. En ambas instancias a cargo de la parte demandada Housing Servicios Integrales S.A.S. y en favor de los demandantes, por salir avante el recurso de apelación propuesto.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** que Housing Servicios Integrales S.A.S. es responsable a título de culpa del accidente de trabajo acaecido el 26 de marzo de 2012, en donde falleció el señor José Dionel Fajardo Alfonso, configurándose así la culpa patronal del artículo 216 del CST.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Housing Servicios Integrales S.A.S. a pagar a favor de Vitelvina Alfonso Parra las siguientes sumas de dinero:

- **\$57.513.654,60**, por concepto de lucro cesante consolidado.
- **\$ 52.033.717,23**, por concepto de lucro cesante futuro.
- **\$29.000.000**, por concepto de daños morales.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Housing Servicios Integrales S.A.S. a pagar a favor de Lourdes Liliana Ramos Ortiz las siguientes sumas de dinero:

- **\$57.513.654,60**, por concepto de lucro cesante consolidado.
- **\$ 52.033.717,23**, por concepto de lucro cesante futuro.
- **\$29.000.000**, por concepto de daños morales.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Housing Servicios Integrales S.A.S. a pagar a favor de Leonel Fernando Fajardo Ramos las siguientes sumas de dinero:

- **\$57.513.654,60**, por concepto de lucro cesante consolidado.
- **\$ 52.033.717,23**, por concepto de lucro cesante futuro.
- **\$29.000.000**, por concepto de daños morales.

QUINTO: CONDENAR a la demandada Housing Servicios Integrales S.A.S. a pagar a favor de Dania Yisel Fajardo Ramos las siguientes sumas de dinero:

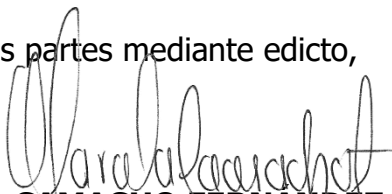
- **\$57.513.654,60**, por concepto de lucro cesante consolidado.
- **\$ 52.033.717,23**, por concepto de lucro cesante futuro.
- **\$29.000.000**, por concepto de daños morales.

SEXTO: CONDENAR a Housing Servicios Integrales S.A.S. a cancelar dichos valores debidamente indexados conforme a los parámetros expuestos en la parte motiva de este proveído, desde la fecha de esta sentencia hasta el momento efectivo del pago de la obligación.

SÉPTIMO: ABSOLVER al Instituto Nacional de Vías "Invías", Constructora Montecarlo Vías S.A.S., Álvarez y Collins S.A., Vergel y Castellanos S.A. y Tecnificadas S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de Vitelvina Alfonso Parra, Lourdes Liliana Ramos Ortiz y Leonel Fernando y Dania Yisel Fajardo Ramos.

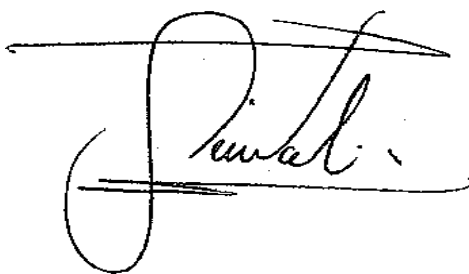
OCTAVO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de Housing Servicios Integrales S.A.S.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas a cargo de **HOUSING SERVICIOS INTEGRALES S.A.S.**, fijándose como agencias en derecho en favor de los demandantes en la suma de un SMLMV, correspondiente a \$1.160.000 para cada uno de ellos.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUIS FERNANDO SALAZAR
Demandada: INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE DE BOGOTÁ D.C., COMPAÑÍA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA ÁGUILA DE ORO DE COLOMBIA LTDA., GCSI GRUPO COLOMBIANO DE SEGURIDAD INTEGRAL LTDA., SEGURIDAD SAN CARLOS LTDA., y PROTEVIS LIMITADA PROTECCIÓN VIGILANCIA SEGURIDAD EN REORGANIZACIÓN.
Llamado en garantía: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. SEGUROS CONFIANZA S.A., y SEGUROS DEL ESTADO S.A.
Radicación: 110013105-014-2021-00401-01
Tema: CONTRATO REALIDAD – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luis Fernando Salazar, instauró demanda ordinaria contra el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte de Bogotá D.C., Compañía de Vigilancia y Seguridad Privada Águila de Oro de Colombia Ltda., GCSI Grupo Colombiano de Seguridad Integral Ltda., Seguridad San Carlos Ltda., y Protevis Limitada Protección Vigilancia Seguridad en Reorganización, con el propósito que se declare que entre él y el IDRd existió una relación laboral regida por contrato de trabajo a término indefinido, entre el 19 de junio de 2015 y el 20 de julio de 2020, el que terminó sin justa causa; se declare que las codemandadas actuaron como simples intermediarios y son solidariamente responsable de las condenas impuestas; en consecuencia, solicita el pago de horas extras, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, causados entre el 19 de junio de 2015 y el 20 de julio de 2020, indemnización por despido sin justa causa, indemnización por la no consignación de las cesantías en un fondo o por haberse consignado de manera deficitaria, indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, la indexación siempre que no sea incompatible con la anterior indemnización, condenas ultra y extra petita y condena en costas y agencia en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 19 de junio de 2015, celebró contrato de trabajo con la sociedad Compañía de Vigilancia y Seguridad Privada Águila de Oro de Colombia Ltda., para desempeñarse como guarda de seguridad, prestando sus servicios en el IDRd, siendo el salario pactado un mínimo legal, vínculo que finalizó el día 18 de julio de 2016; refiere que el 19 de julio de 2016, celebró un nuevo contrato de trabajo por obra o labor contratada con Grupo Colombiano de Seguridad Integral – GCSI, desempeñando el cargo de vigilante en las

instalaciones del IDRD, contrato que terminó el 16 de abril de 2017; el 17 de abril de esta misma anualidad, celebra otro contrato de trabajo con la empresa Seguridad San Carlos Ltda., para ejercer el cargo de guarda de seguridad en el IDRD, vinculación que culminó el 16 de mayo de 2018; manifiesta que al día siguiente celebra nuevo contrato por la obra o labor contratada con Protevis Ltda., que se mantuvo vigente hasta el 20 de julio de 2020, ejerciendo el mismo cargo en el IDRD y con una asignación salarial equivalente a un salario mínimo.

A su vez, sostuvo que la prestación personal del servicio ejecutado por el demandante siempre se realizó bajo las órdenes del personal administrativo y subordinación permanente del IDRD, entre el 19 de junio de 2015 al 20 de julio de 2020, laborando habitualmente los días de descanso obligatorio, con turnos de dos días diurnos, dos días nocturnos y dos días de descanso, que a partir del 07 de septiembre de 2019 hasta el 20 de julio de 2020, hubo un cambio en los turnos de programación con cuatro días de noche y domingo diurno, con descanso jueves y viernes, sin remuneración de la jornada extraordinaria, ni los recargos por trabajo en horario nocturno y dominicales, según el cuadro de turnos que era dispuesto y asignado por el IDRD, en coordinación con los intermediarios codemandados.

De otro lado, indica que devengaba un salario variable, compuesto de un salario mínimo, más recargos que le fueron reconocidos; que el 10 de agosto de 2021, se radicó reclamación laboral ante el IDRD, solicitando los mismos derechos aquí pretendidos, solicitud que fue negada mediante comunicado de fecha 18 de agosto de 2021 (Expediente electrónico, PDF 08SubsanaciónDemanda. Pág. 3 a 13).

2. Contestaciones de demanda.

2.1 Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte de Bogotá D.C. En su respuesta la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que la entidad no celebró contrato de trabajo, ni de prestación de servicios con el señor Luis Fernando Salazar y tampoco fue objeto de nombramiento legal y reglamentario, por el contrario, los contratos de trabajo fueron suscritos con las codemandadas. Refiere también que, suscribió contratos de prestación de servicios con GCSI Grupo Colombiano de Seguridad Integral Ltda., Seguridad San Carlos Ltda., y Protevis Limitada Protección Vigilancia Seguridad en Reorganización, para el suministro de vigilancia, sin embargo, para el período comprendido entre el 19 de junio de 2015 al 18 de julio de 2016, el instituto no mantuvo contrato con la Compañía de Vigilancia y Seguridad Privada Águila de Oro de Colombia, dado que para esta data, quien brindaba este servicio era la unión temporal DELTHAC 1ª del cual no era parte esta sociedad. Propuso como excepciones de fondo las que denominó ausencia de legitimación en la parte pasiva respecto del IDRD, inexistencia de la obligación de pago reclamada por el demandante a cargo del IDRD y/o cobro de lo no debido, inexistencia de contrato de trabajo entre el demandante y el IDRD y/o vínculo laboral, cobro a persona diferente a deudora, buena fe, inexistencia de solidaridad entre las demandadas, prescripción, excepciones oficiosas (Expediente electrónico, PDF 13MemorialContestacionDemandaidrd, pág. 17 a 42).

2.2 La Compañía de Vigilancia y Seguridad Privada Águila de Oro de Colombia Ltda. La llamada a juicio respondió la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda y para ello argumentó que la sociedad no es intermediaria o empresa de servicios temporales, ni provee o selecciona personal destinado al servicio de terceros; por el contrario, es una sociedad con objeto social exclusivo prestadora de servicios de vigilancia y seguridad privada, los cuales son sustancialmente diferentes de las actividades institucionales desarrolladas por el IDRD.

Adicionalmente, indica que el servicio personal prestado por el accionante a la empresa se realizó bajo las órdenes y subordinación directa de la compañía. De otro lado, expuso que el actor ingreso a laborar a la empresa el 19 de junio de 2015, mediante un primer contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, cuyo plazo de ejecución se cumplió entre el 19 de junio de 2015 al 30 de diciembre de 2015. Posteriormente, el accionante suscribió un segundo contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, con plazo de ejecución entre el 1º de enero de 2016 al 30 de junio de 2016, siendo su salario un mínimo legal mensual, más trabajo suplementario. Propuso como excepciones de fondo la denominadas prescripción extintiva laboral, inexistencia de responsabilidad solidaria laboral entre el IDRD y Águila de Oro de Colombia Ltda., o entre mi representada y las demás codemandadas, cumplimiento de todas las obligaciones patronales (Expediente electrónico, PDF 12ContestacionDemandaAguilaOroLtda., pág. 2 a 12).

2.3. La sociedad GCSI Grupo Colombiano de Seguridad Integral Ltda. La sociedad se opuso a la prosperidad a las pretensiones del libelo genitor, reseñando que por virtud del contrato de servicios de vigilancia privada suscrito entre el contratante Instituto para la Economía Social - IPES y esta empresa de vigilancia, en su condición de contratista, fue vinculado el demandante a través de un contrato de trabajo de duración por la obra o labor contratada, a partir del 19 de julio de 2016; que mediante Otrosí al contrato de trabajo de fecha 7 de septiembre de 2016, se acordó el traslado del puesto o lugar de trabajo del vigilante, para que prestara sus servicios al IDRD a partir de esta data. Que durante el vínculo laboral le fueron pagados todas acreencias laborales. Formuló como excepciones de mérito pago, terminación legal y contractual del contrato de trabajo, prescripción del derecho, enriquecimiento sin justa causa del demandante, carencia de obligación para acudir al proceso por pasiva, buena fe, mala fe del demandante, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y falta de **CAUSA** (Expediente electrónico, PDF 09ContestacionDdaGCSI, pág. 1 a 26).

2.4. Protevis Ltda. Protección Vigilancia Seguridad en Reorganización. presentó oposición a la suplicas de la demanda, indicando que la empresa obró de acuerdo con la condición resolutoria del contrato laboral, establecido en el artículo 46 del CST, en cuanto a la solidaridad, arguyó que, durante la vigencia del contrato le fueron pagadas todas y cada una de las obligaciones causada. Formuló únicamente como excepción de fondo la que denominó cobro de lo no debido (Expediente electrónico, PDF 14MemorialContestacionDemandaPRotevisLtda, pág. 1 a 12).

2.5. Seguridad San Carlos Ltda. De acuerdo con lo dispuesto en auto del 22 de noviembre de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de esta sociedad (Expediente electrónico, PDF 17AutoTienePorContestadaLaDemanda).

3. Contestación demanda y llamamiento en garantía

3.1. Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Seguros Confianza S.A. Se abstuvo de emitir pronunciamiento frente a las pretensiones del libelo demandatorio y señala que se atiene a lo que se pruebe en el proceso. Respecto del llamamiento en garantía manifestó que la póliza de seguro No. 05 GU127786 únicamente otorgan cobertura en el evento en que se declare la responsabilidad solidaria entre la entidad contratante (Instituto Distrital de Recreación y Deporte-asegurado) y el contratista Unión Temporal Grupo Experto, por lo tanto, únicamente en el evento en que se declare tal solidaridad sería procedente afectar el contrato de seguro, conforme a los límites establecidos en el mismo. Como excepciones de mérito propuso las de ausencia de cobertura en caso de ser condenado el IDRD como verdadero empleador, cobertura exclusiva para los trabajadores contratados por la unión temporal Grupo Experto, ausencia de cobertura

de acreencias laborales causadas con ocasión de contratos distintos al garantizado por la póliza expedida por seguros confianza, prescripción de las acreencias laborales y genérica.

3.2. Seguros Del Estado S.A. En un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor y del llamamiento en garantía, para tal efecto, sostuvo que tales pedimentos no tienen cobertura por las pólizas de cumplimiento Entidad Estatal No. 37-44-101029702 y No. 18-44-101049229 expedidas por esta aseguradora, por lo que no se cumplen con los presupuestos contractuales y legales para que exista la afectación de las referidas pólizas en el presente asunto. Como excepciones fondo propuso las denominadas entre el demandante y el instituto distrital de recreación y deporte-IDRD, no ha existido relación laboral por falta de los presupuestos del art 23 del CST configurándose una inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido del demandante frente al IDRD, ausencia de cobertura respecto de las pólizas No. 18-44-101049229 y No. 37-44-101029702 expedidas por Seguros del Estado S.A en caso de ser condenado el asegurado- (Instituto Distrital de Recreación y Deporte – IDRD) como verdadero empleador del demandante, improcedente aplicación a la solidaridad que trata el artículo 34 del CST entre los afianzados unión temporal IDRD 2017 (conformada por seguridad San Carlos Ltda., Compañía Andina de Seguridad Privada Ltda. y Seguridad Record de Colombia Ltda.) y unión temporal Parques PC 2018 (conformada por Protevis Ltda. Protección, Vigilancia, Seguridad en reorganización y Cooperativa de Vigilancia de Servicios de Bucaramanga CTA), y empresa usuaria Instituto Distrital de Recreación y Deporte – IDRD en el presente asunto, el valor asegurado y la responsabilidad de Seguros del Estado S.A. estará limitada al pago de las acreencias laborales que se hayan dado exclusivamente bajo la vigencia del contrato No.1812 garantizado con la póliza 18-44-101049229 y el contrato 2285 de 2018, asegurado bajo la póliza no. 37-44-101029702, pago, compensación, prescripción y nulidad relativa, buena fe y genérica (Expediente electrónico, PDF 21MemorialContestacionSegurosdelEstado, pág. 1 a 27).

4. Fallo de Primera Instancia. El proceso fue remitido por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá al Juzgado Cuarenta y dos Laboral del mismo circuito, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo CSJBTA23-15 del 22 de marzo de 2023. Terminó la instancia con sentencia del 29 de agosto de 2023 en la que la falladora declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación de pago reclamada por el demandante, a cargo del IDRD y/o cobro de lo no debido propuesta por esta demandada y, en consecuencia, absolvió a las codemandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, así como a las llamadas en garantía (Expediente electrónico, audios 39).

Para arribar a esta decisión, señaló que no se encontraba en discusión que el demandante estuvo vinculado mediante contrato de trabajo con las empresas de seguridad demandadas, entre el 19 de junio de 2015 al 20 de julio de 2020; luego de relacionar cada uno de los medios de prueba allegados al plenario, concluyó que los contratos de prestación de servicios suscritos entre el IDRD con las empresas de vigilancia, tenían por objeto “contratar la prestación del servicio integral de seguridad privada para la permanente y adecuada protección, custodia amparo y salvaguarda de los bienes. Muebles e inmuebles de la sede administrativa, predios, parques y escenarios administrativos por el IDRD” y en virtud de ello, el actor prestó sus servicios como guarda de seguridad en alguno de los bienes de esta entidad pública, pese a ello, no se había logrado establecer que el Instituto fungiera como verdadero empleador del demandante, debido a que este no impartía órdenes, no suministraba los elementos utilizados por el demandante para el desarrollo de sus funciones como guarda de seguridad, tampoco se acreditó fuera ella quien definiera los turnos de prestaciones

del servicio y las condiciones para su ejecución, aunado a que, el servicio de vigilancia no hace parte del giro ordinario del IDRD ni el objeto social del mismo, aparte que esta actividad se encuentra regida por lo dispuesto en el Decreto 356 del 11 de febrero de 1994, por medio del cual se expidió el Estatuto Vigilancia y Seguridad Privada.

De otro lado, advirtió que la si bien el Instituto demandado ejercía supervisión, coordinación o vigilancia del cumplimiento del objetivo pactado en los contratos de prestación de servicios, este hecho no desnaturaliza en manera alguna el vínculo contractual existente, dado que esta labor, se considera inherente a la ejecución de este tipo de contratos y por sí sola no puede considerarse como constitutiva de subordinación, tal y como lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 28992 del 22 de febrero de 1997.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión el **demandante** formuló recurso de apelación con la finalidad que sea revocada en su integralidad la sentencia proferida y se acceda a la totalidad de las pretensiones, teniendo en cuenta para ello que, es acertada la decisión de dar por acreditado que el actor prestó servicios de manera personal en virtud de contrato de trabajo suscrito con diferentes empresas de servicios de seguridad al servicio del IDRD durante el período comprendido entre el 19 de junio del año 2015 y el 20 de junio del año 2020, pese a ello, consideró en virtud del artículo 35 del CST, no se logran advertir razones de índole técnico que impidieran a la demandada IDRD vincular de manera directa al señor Luis Fernando Salazar, pues su permanencia en la entidad se dio por espacio de más de 5 años, prestación personal que fue tercerizada con la única finalidad de evitar el pago de prestaciones sociales. De otro lado advierte que, con las declaraciones de los testigos Gilberto Antonio Mora y José Vicente Lenis, logra acreditarse que el IDRD ejercía el poder disciplinario y subordinante respecto de los trabajadores. Por lo anterior, concluye que el Instituto fungió como verdadero empleador del actor.

6. Alegatos de conclusión. El demandante alegó en su favor que dentro del expediente se logró acreditar que su verdadero empleador fue el IDRD, dado que se demostró la prestación personal del servicio y la subordinación de esta respecto del actor, por lo que solicita se revoque en su integridad la sentencia apelada. Por su parte esta entidad refirió que los servicios de vigilancia prestados por el demandante en diferentes parques y sede administrativa del IDRD, obedeció a los contratos de prestación de servicios de Vigilancia contratados por el IDRD con diferentes empresas de vigilancia que hicieron parte de Consorcios que se presentaron a las Licitaciones Públicas, por lo que no fungió como empleador del demandante, por lo que solicita que se confirme la sentencia.

Compañía de Vigilancia y Seguridad Privada Águila de Oro de Colombia Ltda., solicita que se desestimen las pretensiones del apelante por no ser procedentes por carecer de fundamento fáctico y legal para concederlas, en tanto que no existió una relación laboral entre el demandante y la entidad pública accionada.

De otro lado, Seguros del Estado S.A. solicita que se confirme la sentencia proferido por el A-Quo, al considerarse que fue acertada su decisión al establecerse que la contratación realizada por el IDRD fue legal, conforme el Estatuto de Vigilancia, por lo que esta entidad no fue el directo empleador del demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor del IDRD en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El IDRD fungió como empleador del actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?; (ii) en caso afirmativo, esta Sala entrará a determinar si el actor tiene derecho a las acreencias laborales reclamadas.

3. Relación laboral. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al

empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».”

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, para efectos de evaluar si el aquí actor acreditó que prestó sus servicios a favor de la entidad pública demandada y para efecto de lo anterior, se tiene que el señor Luis Fernando Salazar fue contratado por la empresa Compañía de Vigilancia y Seguridad Privada Águila de Oro de Colombia Ltda. a partir del 19 de junio de 2015 al 30 de diciembre de 2015 y del 1 de enero de 2016 al 30 de junio de 2016 y de ello da cuenta, los contratos de trabajo suscrito entre las partes y la certificación laboral expedida por esta sociedad, (Expediente electrónico, PDF 12ContestacionDemandaAgiuilaOroLtda, pág. 26, 27, 61 a 62).

De igual forma, se tiene que el promotor de la Litis fue vinculado por la empresa Grupo Colombiano de Seguridad Advisegar Ltda. Seguridad Privada, mediante contrato de obra o labor, el que tuvo inicio el 19 de julio de 2016 y tenía por objeto desarrollara la labor de vigilante en el Instituto para la Economía Social IPES, a través de otro sí, se modificó el lugar de prestación del servicio, estableciéndose que a partir del 7 de septiembre de 2016 la labor sería ejercida en el IDRD (Expediente electrónico, PDF 16ContestacionGCSI, pág. 11 a 17), de ello no solo da cuenta esta prueba documental, sino la misma confesión realizada el por demandante, quien al momento de absolver el interrogatorio de parte sostuvo que solo a partir del mes de septiembre de 2016 empezó a realizar sus funciones en el Instituto demandado. Se debe acotar que esta vinculación estuvo vigente hasta el 16 de abril de 2017, pues la misma fue terminada por causa legal, conforme comunicación del 15 de marzo de 2017 (Expediente electrónico, PDF 47ContestacionDdaGCSI, pág. 47).

A su vez, con la certificación laboral expedida por la sociedad San Carlos Ltda., se constata que el accionante desempeño el cargo de guarda de seguridad desde el 17 de abril de 2017 hasta el 16 de mayo de 2018, pese a ello, la misma no da cuenta del lugar en donde se prestó el servicio (Expediente electrónico, PDF 03AnexoDda, pág. 4).

También se encuentra acreditado que, la sociedad Protevis Ltda. vinculó al señor Salazar, mediante contrato por obra o labor, a partir del 17 de mayo de 2018, con la finalidad que desempeñara el cargo de vigilante en las instalaciones del IDRD, mismo que se mantuvo hasta el 20 de julio de 2020, conforme se extrae de comunicación de la misma fecha (Expediente electrónico, PDF 14MemorialContestacionDemandaPRotevisLtda, pág. 13, 19 a 22). De lo anterior, también dio cuenta la declaración rendida por el representante legal de esta sociedad.

De las pruebas testimoniales recaudadas en este juicio, se advertir que si bien, los deponentes Gilberto Antonio Mora y José Vicente Lenis, al unísono manifiestan que fueron compañeros de trabajo del actor y les consta que desde el año 2015 el actor prestaba sus servicios en el IDRD, lo cierto es que, manifestaciones no son contestes y acordes con la prueba documental valorada en forma pretérita, pues contrario a lo señalado por ellos, los contratos de trabajo, los otros sí y los demás documentos indicados, inclusive la misma confesión del actor, dan cuenta que las labores fueron ejecutadas solo a partir del 7 de septiembre de 2016.

Sumado a lo anterior, se deben efectuar los siguientes reparos, con el ánimo de restarle credibilidad sus señalamientos, sostuvo el testigo Gilberto Mora que el accionante había sido compañero de trabajo durante los 5 años anteriores a su despido que acaeció en el año 2020, pese a lo anterior, más adelante refiere que el demandante solo realizó

apoyo en su lugar de trabajo, por pocos meses y solo en días festivos, adicional a ello, manifiesta desconocer los términos, las condiciones y la empresa de vigilancia que realizó su contratación, hechos que demuestran el poco conocimiento que tenía el declarante sobre las situación laboral señor Salazar.

En este mismo sentido, se advierte que el testigo José Vicente Lenis presenta contradicciones en sus manifestaciones, pues en una primera ocasión señala que conoce al actor desde el 2015 porque fueron compañeros de trabajo, posteriormente dice que trabajaron juntos en el Palacio de los Deportes, en el Parque Simón y en otro parque del que no recordaba su nombre, no obstante, referencia que ello fue así para el año 2018 hasta el 20 de julio de 2020, fecha en que les fue terminado el contrato de trabajo. Refirió además que ambos tenían puesto de trabajo y turnos diferentes, lo que denota que sus manifestaciones no son verosímiles y fidedignas, aparte también reflejan el desconocimiento las condiciones en la que ejecutó la labor el aquí actor.

Conforme lo anterior, contrario a lo señalado por la juzgadora de instancia y lo planteado en el libelo genitor, en el devenir de este juicio, no se encuentra acreditado que el señor Luis Fernando Salazar haya prestado sus servicios en el IDRD entre el lapso de tiempo comprendido entre el 19 de junio de 2015 al 20 de julio de 2020, por el contrario las pruebas adosadas al informativo y a las cuales ya se ha hecho referencia, dan cuenta que el actor si ejerció las labores de vigilancia en las instalaciones del IDRD, en los interregnos del 7 de septiembre de 2016 al 15 de marzo de 2017 y del 17 de mayo de 2018 al 20 de julio de 2020.

Ahora, la demandada IDRD, tal como lo expuso en la contestación de demanda, alegó que al amparo del artículo 34 del CST celebró varios contratos de prestación de servicios para el suministro de vigilancia con varias empresas, tal y como se ilustra a continuación:

i) Contrato de Prestación de Servicios No. 2016 de 2015, celebrado con la unión temporal DELTHAC 1^a, el que se encontraba integrado por la sociedad DELTHAC 1 A Seguridad Ltda y Atalaya 1 Security Group Ltda. en Reorganización, que tenía por objeto: *"Prestar el servicio Integral de vigilancia y seguridad privada en la modalidad móvil, sin armas de fuego, con medio de apoyo humano, tecnológicos caninos para la custodia, amparo y salvaguarda de los bienes muebles en la sede administrativa, predios, parques escenarios administrados por el IDRD"*, y el que se ejecutó entre el 17 de abril de 2015 al 30 de abril de 2016 (Expediente electrónico, PDF 13MemorialContestacionDemandaidrd, pág. 206 a 216), a pesar de ello, este contrato no tiene injerencia alguna en relación al promotor de la contienda, pues como quedó probado, el actor no mantuvo vínculo laboral en este periodo de tiempo con los integrantes de esta unión temporal y tampoco desplegó actividad alguna en favor del IDRD.

ii) Contrato de Prestación de Servicios No. 1832 de 2016, celebrado unión temporal Grupo Experto, conformado por GCSI Grupo Colombiano de Seguridad Integral Advisegar Ltda Seguridad Privada y Expertos Seguridad Ltda., que tuvo por objeto: *"Contratar la prestación del servicio Integral seguridad privada en las modalidades móvil, sin armas, con medio de apoyo humano, tecnológicos y caninos para la permanente y adecuada protección, custodia, amparo y salvaguarda de los bienes muebles e inmuebles en la sede administrativa, predios, parques y escenarios administrados por el IDRD, así como de aquellos por lo que le correspondiera velar en virtud de disposición legal, contractual o convencional"*, fue suscrito el 29 de abril de 2016 y estuvo vigente entre el 30 de abril al 17 de abril de 2017 (Expediente electrónico, PDF 13MemorialContestacionDemandaidrd, pág. 160 a 163 y PDF 09MemorialContestacionGCSI, pág. 123 a 128, 158 a 163). En

virtud de esta contratación, el actor solo ejecutó sus labores a partir del 7 de septiembre de 2016.

iii) Contrato de Prestación de Servicios No. 1812 de 2017, suscrito con la unión temporal IDRD integrado por Seguridad San Carlos Ltda., la Compañía Andina de Seguridad Privada Ltda., Seguridad Record de Colombia Ltda., con el objeto de: "*Prestar el servicio Integral de vigilancia y seguridad privada en la modalidad móvil, sin armas de fuego, con medio de apoyo humano, tecnológicos caninos para la custodia, amparo y salvaguarda de los bienes muebles en la sede administrativa, predios, parques escenarios administrados por el IDRD*", suscrito el 11 de abril de 2017 y vigente entre el 14 de abril de esta anualidad al 2 de abril de 2018 (Expediente electrónico, PDF 13MemorialContestacionDemandaidrd, pág. 125 a 128). Por las consideraciones plasmadas anteriormente, no hay prueba que demuestre que, en ejecución de este contrato, el actor haya prestado sus servicios a favor del IDRD.

iv) Contrato de Prestación de Servicios No. 2285 de 2018, concertado con la unión temporal Parques PC 2018, integrado con Protevis Ltda., Protección Vigilancia Seguridad en Reorganización y la Cooperativa de Vigilancia Servicios de Bucaramanga CTA con el objeto de: "*Contratar la prestación Integral privada en las modalidades móvil, sin armas de fuego, con medio de apoyo humano, tecnológicos caninos para la permanente y adecuada protección, custodia, amparo y salvaguarda de los bienes muebles e inmuebles en la sede administrativa, predios, parques escenarios administrados por el IDRD así como de aquellos por lo que le corresponde velar en virtud de disposición legal, contractual o convencional*", el cual fue suscrito el 16 de mayo de 2018 (Expediente electrónico, PDF 13MemorialContestacionDemandaidrd, pág. 273 a 275), en virtud del cual el actor ejecutó la labor de vigilancia para la contratante IDRD para el interregno del 17 de mayo de 2018 al 20 de julio de 2020.

Frente a la figura del simple intermediario que regula el artículo 34 del CST, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la explicado así:

(i) quienes se limitan a enganchar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador y, por tanto, la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador; y por otra (ii) quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presente servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se trataba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario.

En este último caso, ha señalado la jurisprudencia del Alto Tribunal, que es la más próxima a la figura del contratista independiente, el cual, dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Entonces, si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios. Empero si a pesar de la apariencia formal de un contratista, quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, será éste y no el simple

contratista el verdadero patrono. (Sentencia octubre 27/99, Expe. 12.187. M.P. José Roberto Herrera Vergara)

Conforme se observa, para que sea válida la contratación externa, a través de un contratista independiente, la Sala de Casación Laboral ha hecho hincapié:

“en que la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.”

Bajo tal tesitura y de cara a la situación fáctica que exponen las enjuiciadas, se encuentra que en el instructivo no existe duda alguna acerca de que los contratistas, esto es las empresas de vigilancia GCSI Grupo Colombiano de Seguridad Integral Ltda. y Protevis Ltda. eran dueños de los medios y herramientas necesarias para la ejecución de las actividades pactadas con el IDRD, en la medida que, conforme lo dispuesto en el artículo 5 del Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada (Decreto 356 de 1994), para el desarrollo de esta clase de servicios, pueden utilizar para el desarrollo de sus actividades armas de fuego, recursos humanos, animales, tecnológicos o materiales, vehículos e instalaciones físicas, y o cualquier otro medio autorizado por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, sin que aparezca acreditado en el plenario que estos elementos o recursos hayan sido suministrados por el contratante, esto es el Instituto demandado, lo que se encuentra en armonía con lo dispuesto en el artículo 34 del CST, en tanto que la actividad o servicios de Vigilancia y Seguridad Privada contratados no se ejercían con sus propios medios, no pudiendo el IDRD contar con estos elementos, pues para su uso se requiere de la obtención de licencia o credencial expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad privada, conforme lo dispone el citado estatuto.

Otro aspecto que se destaca es que, el personal de las empresas de vigilancia contaba con sus propios coordinadores, quienes eran los encargados de controlar y dirigir la actividad laboral de los subalternos y así lo dejaron ver los testigos Gilberto Mora y José Vicente Lenis. Sobre este asunto en particular se debe precisar que estos deponentes, inicialmente sostuvieron que esta labor era ejercida por el señor Eligio Rubio, quien a su vez era el encargado de citar a descargos a los trabajadores, adoptar los correctivos necesarios, entre otros y si bien fue señalado como trabajador del IDRD, lo cierto es que, esta manifestación no encuentra soporte alguno, pues no existe resolución de nombramiento, acta de posesión o contrato de prestación de servicios dentro del paginario que permita acreditar, que en efecto, el mencionado individuo contara con una vinculación legal o reglamentaria o cualquier otra clase de vínculo con

el citado Instituto, sumado lo anterior, se debe hacer notar que los atestiguantes, con posterioridad a estas afirmaciones reconocieron que el señor Rubio era empleado de la empresa de vigilancia. Específicamente el José Vicente Lenis sostuvo que Eligio Rubio era coordinador de contratos y su vinculación se realizó a través de las empresas Protevis, Delta, Expertos.

Siendo ello así, es claro que la dirección y orientación de las actividades de vigilancia y seguridad privada se encontraban a cargo de las empresas contratistas, lo que demuestra que estas actuaban con plena autonomía e independencia, y lo que descarta que estas actividades se encontraran en cabeza del Instituto convocado a juicio, más aun cuando esta requiere de licencia y autorización de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad privada, conforme se fue advertido anteriormente, descartando así de tajo que la actividad del actor haya sido subordinada por la entidad pública. En este mismo sentido, se debe hacer notar que las solicitudes de permisos o licencias no remuneradas eran dirigidas directamente a la sociedad Protevis Ltda., (Expediente electrónico, PDF 03Anexos Dda, pág. 82 a 87), lo que reafirma que la subordinación era ejercida por el empleador y no por el beneficiario de la obra.

Ahora, en lo que se refiere a que no se advierten razones de índole técnico que impidieran al IDRD vincular de manera directa al actor, es necesario hacer hincapié que, contrario a lo indicado por el apoderado de este extremo procesal, conforme lo dispuesto en el Decreto 356 de 1994, los servicios de vigilancia y seguridad privada, solamente podrán prestarse cuando medie permiso por parte del Estado a través de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad privada, actividad que evidentemente no corresponden a las funciones asignada a esa entidad, conforme lo dispone el Acuerdo Distrital 04 de 1978 del Concejo de Bogotá (Expediente electrónico, PDF 13MemorialContestacionDemandaidrd, pág. 11 a 15), y al ser ello así, resulta evidente que el Instituto para la conservación, custodia, salvaguarda de sus bienes, predios, parques y escenarios deportivos, entre otros, debía contratar los servicios de personas jurídicas que contaran con licencia o credencial para el ejercicio de estas labores que resultan ser especializadas, al punto que cuenta con su propia regulación, razones más que suficientes para que el actor no pudiera ser vinculado directamente a la entidad para ejercer el cargo de vigilante.

Las razones aquí expuestas son más que suficientes para confirmar la sentencia confutada.

4. Costas. En segunda instancia se impondrán costas a cargo del demandante y a favor de cada uno de las demandadas, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

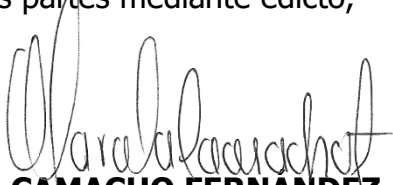
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

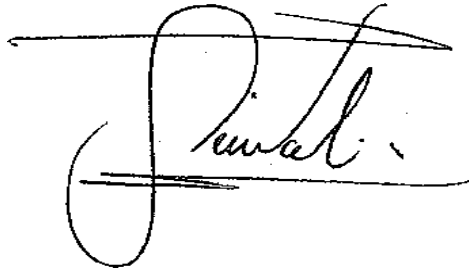
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de agosto de 2023, por el Juzgado Cuarenta y dos Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor de las demandadas y a cargo de Luis Fernando Salazar.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



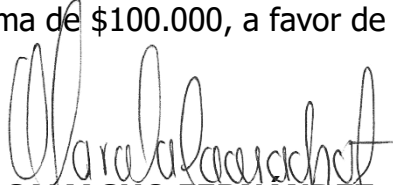
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de las demandadas **INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE DE BOGOTÁ D.C., COMPAÑÍA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA ÁGUILA DE ORO DE COLOMBIA LTDA., GCSI GRUPO COLOMBIANO DE SEGURIDAD INTEGRAL LTDA., SEGURIDAD SAN CARLOS LTDA., y PROTEVIS LIMITADA PROTECCIÓN VIGILANCIA SEGURIDAD EN REORGANIZACIÓN** y a cargo de **LUIS FERNANDO SALAZAR**, en la suma de \$100.000, a favor de cada una de ellas.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: SILVIO MARÍN ARTUNDUAGA
DEMANDADO: AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP Y EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.
RADICACIÓN: 110013105-023-2021-00156-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA –CONFIRMA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Silvio Marín Artunduaga instauró demanda ordinaria contra de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P., con el fin de que se declare que estuvo vinculado con Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. a través de contrato de trabajo a término fijo y culminó como un contrato de obra o labor, en donde desarrollo el cargo de operario de barrido; declarar que se produjo su despido estando amparado por el fuero de estabilidad laboral reforzada y sin contar con el permiso del Ministerio de Trabajo; declarar que las demandadas son solidariamente responsables por las condenas que aquí se impartan; en consecuencia solicita el reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría, acorde con sus condiciones de salud, junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, así como la indemnización contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, indexación, intereses corrientes e intereses moratorios.

Subsidiariamente solicita que se declare que la terminación del contrato se dio sin mediar justa causa y estando aforado por el acuerdo de formalización laboral suscrito por las demandadas y el Ministerio de Trabajo suscrito el 16 de diciembre de 2013 que le permite gozar de una estabilidad en el empleo; como consecuencia peticiona la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST, daño moral, indexación, intereses corrientes, intereses moratorios.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que, inició su relación laboral con Aguas de Bogotá S.A. ESP el 14 de diciembre de 2012 a través de contrato de trabajo a término fijo el cual finalizaba el 13 de abril de 2013. El anterior contrato tuvo una prórroga de un mes, esto es, desde el 14 de abril al 13 de mayo de 2013; nuevamente fue prorrogado por 1 mes, desde el 14 de mayo al 13 de junio de 2013. Posteriormente firmó un contrato de trabajo de obra o por labor contratada a partir del 14 de junio de 2013. Le hacían descuentos por aportes sindicales, el cargo era de operario de recolección dentro de las rutas de la vía pública delimitadas por el empleador. El 27 de marzo de 2018 le notificaron la decisión de terminar el contrato

de trabajo a partir de este día, en razón a la finalización del convenio interadministrativo 171020008092012 perteneciente al proyecto de aseo que tenía esta entidad con la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá. Afirma que a la finalización del vínculo recién terminaba de cumplir su incapacidad, dado que sufre de artrosis acromioclavicular, ruptura completa pequeña del tendón del supraespinoso con retracción leve de las fibras, tendinopatía del infraespinoso, tendinopatía bursitis leve, tenosinovitis, por lo que le es difícil ingresar a una nueva fuente formal de empleo, teniendo que soportar situaciones complicadas a nivel económico y de salud, más que el despido fue intempestivo y sin tener en cuenta su condición médica. Que continúa en tratamiento para el dolor y fisioterapia, situaciones que conocía el empleador y a pesar de ello le terminó el contrato.

Adicionalmente, señala que las demandadas firmaron un acuerdo de formalización laboral ante el Ministerio del Trabajo suscrito el 16 de diciembre de 2013 con el cual pretendía continuar impulsando la generación de empleo formal con vocación de permanencia y respecto de una población vulnerable. A partir de esto continuarían prestando sus servicios al proyecto de aseo sin importar el contratista que presta los servicios a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado. Afirma que la empresa no solicitó permiso para su despido y que se encuentra reseñado como un trabajador con estabilidad laboral reforzada de conformidad con la resolución 4605 del 31 de octubre de 2019, por medio de la cual se le impuso sanción a la empresa Aguas de Bogotá S.A. ESP, por incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997. Que presentó reclamación ante las demandadas el 12 de enero de 2021. (Expediente digital, PDF01DemandaAnexos, pág. 160 a 179).

2. Contestación de la Contestaciones:

2.1. Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. Presenta contestación al escrito inicial, para el efecto afirmó que fue vinculado exclusivamente a esta empresa, en un primer momento mediante contrato laboral a término fijo inferior a un año, desde el 14 de diciembre de 2012 al 13 de junio de 2013, finalizado con ocasión al plazo pactado y un segundo contrato bajo la modalidad de obra o labor del 14 de junio de 2013 al 27 de marzo de 2018, que su labor de operario de barrido y recolección para Aguas de Bogotá S.A. ESP, estaba supeditada a la existencia del contrato interadministrativo NO. 1-07-1022-08009-2012 suscrito entre ésta última entidad y la EAAB. Afirma que previo al momento de su desvinculación éste no contaba con discapacidad, ni incapacidad médica o discapacidad relevante, por lo que no era beneficiario de una estabilidad laboral reforzada. Además, que el demandante no fue despedido, sino que su contrato finalizó en aplicación de la causal objetiva y legal del artículo 61 literal D del C.S.T., por terminación de la obra o labor contratada, la cual estaba supeditada a la existencia del contrato interadministrativo celebrada entre las demandadas el cual para el 27 de marzo de 2018 ya había finalizado. Propuso las excepciones de fondo denominadas improcedencia del reintegro laboral, inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, compensación, prescripción y genérica (Expediente digital, PDF06ContestacionAguasDeBogotá, pág. 1 a 25).

2.2. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P. Dio contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que el demandante no tuvo vinculación laboral ni le prestó servicio alguno a esta entidad y tampoco se reúnen los elementos propios del contrato de trabajo. Afirmó que con Aguas de Bogotá S.A. ESP, suscribió el Contrato Interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 cuya obra era realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá bajo la dirección y supervisión de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP.

De otro lado, arguye que no se dan los presupuestos del artículo 34 del CS.T., para declararse algún tipo de responsabilidad solidaria entre las demandadas. Propuso las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y buena fe, mala fe la demandante y genérica. Presentó llamamiento en garantía de Seguros del Estado S.A., el que fue admitido por auto del 27 de julio de 2022 (Expediente digital, PDF07ContestacionAcueducto, pág. 150 a 170).

2.3. Llamado en garantía Seguros del Estado S.A. La aseguradora se pronunció sobre la demanda y el llamamiento oponiéndose a la condena y para ello, señaló que no se encuentran probados los hechos en que se basan las pretensiones, ni el llamamiento. Aceptó la existencia de la póliza de seguro de cumplimiento particular empresas de servicios públicos NO. 64-45-101005699 sujeto al objeto del seguro pactado siendo tomador Aguas de Bogotá S.A. ESP y el beneficiario EAAB para garantizar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones del afianzado en desarrollo del contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 con amparo de salarios y prestaciones sociales (Expediente digital, PDF13Memorial, pág. 7 a 26).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de mayo de 2023, mediante la cual el Juzgado Veintitrés Laboral absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el actor.

El quo fundamentó su decisión, en que, los problemas jurídicos a resolver son: (i) Si al momento del despido del actor era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada por su estado de salud, y conforme a ello, hay lugar al reintegro y el pago de indemnizaciones pretendidas; (ii) Subsidiariamente, si procede el reintegro conforme el acuerdo de formalización suscrito entre las empresas accionadas y el Ministerio del Trabajo el 16 de diciembre de 2013. (iii) Subsidiariamente, establecer si el actor tiene derecho a la indemnización por despido sin justa causa. (iv) Determinar si existe la solidaridad pretendida y si le corresponde a la llamada en garantía, Seguros del Estado S.A, asumir eventuales obligaciones que correspondan a la EAAB.

Estableció que conforme comunicación del 27 de marzo de 2018 se informó al demandante que, a la culminación de ese día, se daba por terminado su contrato de forma legal, por la culminación del convenio interadministrativo celebrado entre las demandadas. Hace referencia a la jurisprudencia que preceptúa que con antelación al momento de la desvinculación el empleador debe tener pleno conocimiento de la existencia de unas condiciones de funcionalidad diversas del trabajador que le merecieron una protección legal especial, de esa forma podría entenderse que el demandante estuviera amparado de esta condición legal, y posterior a ello se invirtiera la carga de la prueba al empleador para demostrar que hubo una causal objetiva en la desvinculación o existió autorización del Ministerio del Trabajo. Hizo referencia al artículo 5 de la ley 361 de 1997, exigencias formales para establecer qué personas están protegidas por esta norma, se debe demostrar una disminución evidente en el estado de salud del empleado que afecte sus funciones laborales y por tanto queda restringida la facultad del empleador terminar el contrato cuando se demuestre una limitación, momento en el cual deberá contar con autorización del Ministerio del Trabajo, en caso contrario no produciría efecto alguno. También se ha concluido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada es predicable frente a personas desvinculadas sin autorización de la autoridad del trabajo, aun cuando no presenten pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje de PCL, si se evidencia situación de salud que implique o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares. Refirió que el demandante no logró demostrar que sus dolencias fueran graves y que

impidieron el desempeño de sus labores, además no existe evidencia de incapacidades durante la vigencia del contrato, únicamente en comunicación del 17 de abril de 2018 Aguas de Bogotá admite una incapacidad que no implicó la adopción de medidas especiales, por lo que no lo consideró beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, más aún cuando no evidenció incapacidades o restricciones médicas, por el contrario, pudo comprobar la existencia de una causa legal para la terminación de su contrato de trabajo, la que es la finalización de la obra o labor contratada, esto es, la culminación del contrato interadministrativo celebrado entre las accionadas, el que tuvo lugar el 18 de febrero de 2018. Adujo que a la fecha de la terminación del vínculo ya había finalizado el contrato interadministrativo, razones que lo llevaron desestimar las pretensiones principales.

En cuanto a la estabilidad laboral teniendo en cuenta el Acuerdo de Formalización suscrito entre las convocadas a juicio y el Ministerio del Trabajo, refirió que mediante sentencia del 24 de agosto de 2017 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resolvió declarar la nulidad parcial del Acuerdo 12 del 5 de septiembre de 2011, por medio del cual modificaba parcialmente el Acuerdo No. 11 del 13 de septiembre de 2010 proferido por la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en cuanto a la ampliación del objeto social de la empresa a la prestación del servicio de aseo y a las demás normas relacionadas con dicho servicio, por lo que mediante Acuerdo expedido en el año 2019, con el fin de culminar la prestación del servicio de aseo, la entidad modificó su estructura organizacional, por lo que resulta claro que la EAAB S.A. ESP no presta servicio de aseo en Bogotá desde febrero de 2018, por ello, no podía garantizar la continuidad del contrato del actor. También, señaló que mediante Resolución No. 02 del 3 de enero de 2018, se efectuó la adjudicación del proceso de licitación pública realizado para la prestación del servicio público de aseo a una empresa de servicio diferente a las demandadas. Como consecuencia de lo anterior, absolvió de las pretensiones subsidiarias.

En tanto, no fueron impartidas condenas en contra de la EAAB S.A. ESP, se abstuvo de efectuar pronunciamiento frente al llamamiento en garantía.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue interpuesto recurso de alzada por el apoderado de la parte actora quien considera que existe una indebida valoración de las pruebas, pues obra la Resolución 4605 de 2019 expedida por el Ministerio de Trabajo por medio de la cual sanciona a Aguas de Bogotá, por encontrar acreditado el despido de unas personas que contaban con la estabilidad laboral reforzada por su estado de salud, en donde se encuentra incluido el demandante y se determinó que padecía afecciones a su salud. A su vez, refiere que, dentro del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se acreditó que para la fecha de los hechos padecía afecciones en su salud y se encontraba en tratamiento para enfermedad. Aunado a ello, señala que también se deriva una estabilidad reforzada del convenio suscrito por las empresas, dirigido a la población vulnerable, por ello, se le debió dar continuidad a su vínculo laboral con las nuevas empresas que entraron a operar el nuevo contrato.

5. Alegatos de conclusión. La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP alegó en su favor que, la finalización del vínculo laboral se produjo en razón de un modo legal de terminación conforme lo dispone el artículo 61 del C.S.T. literal D, esto es, la "terminación de la obra o labor contratada" y no en razón de los padecimientos de salud del demandante, por lo que no es procedente la protección de la Ley 361 de 1997. Por su parte, Seguros del Estado S.A. indica que se debe confirmar la sentencia

apelada, como quiera que los argumentos de la parte actora son meramente subjetivos, pues no existe prueba objetiva que los soporte sus pretensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problema jurídico. Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos:** (i) ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo? (ii) o si por el contrario ¿La terminación de la relación laboral culminó por una causa o razón objetiva, es decir, como consecuencia de la finalización de la obra o labor para la cual fue contratado el actor?; de otro lado, (iii) y de manera subsidiaria, se deberá establecer si ¿Se deriva una estabilidad laboral reforzada en virtud del convenio suscrito por las convocadas a esta contienda? Y si como consecuencia de ello, ¿Se debía dar continuidad al vínculo laboral del actor con las nuevas empresas que entraron a operar la prestación de servicio de aseo?

3. Relación laboral, cargo, extremos temporales y salario. Resulta importante dejar claro que no fueron objeto de discusión estos aspectos en la forma enunciada en los hechos de la demanda, los cuales fueron aceptados por la demandada Aguas de Bogotá S.A. ESP., por ello, resulta claro que entre el promotor de la Litis y esta sociedad, se celebró un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año para el desempeño del cargo de Operario de Recolección, con fecha de inicio el 14 de diciembre de 2012 y finalización el 13 de abril de 2013, siendo su asignación salarial de \$650.000. Posterior a ello, se le hizo una prórroga hasta el 13 de mayo de 2013 y otra prórroga de un mes finalizando el 13 de junio de 2013. Tampoco se encuentra en discusión que, el día 14 de junio de 2013 fue celebrado contrato de trabajo por obra o labor, mismo que fue finalizado el 27 de marzo de 2018, por parte de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., debido al fenecimiento del Convenio Interadministrativo 1.7-10200.809-2012 perteneciente al proyecto de aseo que tenía esta empresa con el Distrito a través de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá. En todo caso, estas circunstancias fácticas se encuentran acreditadas con la documental allegada al plenario, como los son, los contratos de trabajo, carta de terminación del contrato de trabajo, certificación laboral y liquidación de prestaciones sociales (Expediente electrónico, archivos PDF 01DemandaAnexos, pág. 35 a 36), en este orden, la discusión radica en determinar si el accionante es beneficiario de la estabilidad ocupacional reforzada o no.

4. Estabilidad laboral reforzada En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que no puede acudir a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible

concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 27 de marzo del 2018.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Bajo esa perspectiva, la Corte Constitucional con base en dicha providencia y en pronunciamientos de las diferentes salas de revisión de esa misma Corporación, en sentencia SU-087 de 2022, fija algunas reglas, aunque no taxativas, que permiten identificar si el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades, así:

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido. (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral. (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico. (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido.
Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental. (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad. (c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL.
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0%.

	(b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto.

Adicionalmente, la alta corporación en la citada sentencia de unificación estableció que como la garantía de la estabilidad laboral reforzada constituye un medio de protección frente a la discriminación, es necesario que el empleador conozca la situación de salud del trabajador al momento de la terminación de laborío; conocimiento que se acredita en los siguientes casos:

- “1) La enfermedad presenta síntomas que la hacen notoria.
- 2) El empleador tramita incapacidades médicas del funcionario, quien después del periodo de incapacidad solicita permisos para asistir a citas médicas, y debe cumplir recomendaciones de medicina laboral.
- 3) El accionante es despedido durante un periodo de incapacidad médica de varios días, por una enfermedad que generó la necesidad de asistir a diferentes citas médicas durante la relación laboral.
- 4) El accionante prueba que tuvo un accidente de trabajo durante los últimos meses de la relación, que le generó una serie de incapacidades y la calificación de un porcentaje de PCL antes de la terminación del contrato.
- 5) El empleador decide contratar a una persona con el conocimiento de que tiene una enfermedad diagnosticada, que al momento de la terminación del contrato estaba en tratamiento médico y estuvo incapacitada un mes antes del despido.
- 6) No se le puede imponer al trabajador la carga de soportar las consecuencias de que en razón a un empalme entre una antigua y nueva administración de una empresa no sea posible establecer si esa empresa tenía conocimiento o no del estado de salud del actor. Por tanto, se da prevalencia a las afirmaciones y pruebas del accionante, y no a las de la demandada en la contestación de la tutela.
- 7) Los indicios probatorios evidencian que durante la ejecución del contrato, el trabajador tuvo que acudir en bastantes oportunidades al médico, presentó incapacidades médicas, y en la tutela afirma que le informó de su condición de salud al empleador”.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado “la presunción de desvinculación laboral discriminatoria”, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Posición que no resulta ser contradictoria a la nueva postura que se ha sido acogido en el seno de la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria, en su especialidad laboral, en la sentencia CSJ SL1152-2023, criterio que fue reiterado en las CSJ SL1154-2023, CSJ SL1181-2023, CSJ SL1184-2023, CSJ SL1259-2023 y CSJ SL1268-2023, en donde se ha señalado lo siguiente:

"En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso".

Más adelante refirió la alta corporación:

"Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral".

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, advirtiendo que la censura se cimienta en una indebida valoración probatoria, específicamente frente al contenido de la Resolución

4605 de 2019 expedida por el Ministerio de Trabajo, pues en concepto del actor, esta prueba documental da lugar a la prosperidad de las suplicas de la demanda.

Sobre el particular, se tiene que en efecto, al plenario se adosó el acto administrativo al que se hizo referencia (Expediente electrónico, archivos PDF 01DemandaAnexos, pág. 126 a 156), del cual se advierte que el Ministerio de trabajo ordenó la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio en contra de la empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., al haber dado por terminada de manera unilateral y sin que mediara autorización del Ministerio de Trabajo, la relación laboral de varios de sus trabajadores, dentro de los cuales se encuentra el hoy accionante, trámite administrativo que culminó con la imposición de una sanción a cargo de esta sociedad.

Dentro de las consideraciones allí esbozadas y en lo que hace referencia al convocante a juicio, se reseñó que contaba con "*artrosis acromioclavicular leve, ruptura completa pequeña del tendón del supraspinoso, con retracción leve de las fibras si atrofia, tendinopatía del infraespinoso con formación quística, tendinopatía, bursitis leve y tenosinovitis de porción larga de bíceps*" conforme historia clínica de fecha 21 de mayo de 2017, que fue allegada a dicho trámite administrativo.

A pesar de lo anterior, este medio de prueba no puede ser valorado individualmente, sino que deber ser analizado con los demás elementos de convicción allegados al informativo, conforme lo dispone el artículo 60 del CPT y SS, máxime cuando esta documental, únicamente refleja el estado de salud del actor para el 21 de mayo de 2017 y no para la fecha en que feneció el contrato de trabajo.

Por lo anterior, se tiene que obran diagnósticos con fecha 13 y 15 de abril de 2015, en donde se establece que el promotor de la litis contaba con "*leve prominencia de la cápsula articular acromioclavicular, edema de la médula ósea en la tuberosidad mayor del húmero, tendinopatía del supra e infraespinoso con una ruptura completa pequeña del supraespinoso en el nivel de la inserción de 10 x 5 mm de longitud x AP, liquido en la bursa subacromio-subdeltoidea compatible con bursitis y tenosinovitis del tendón largo del bíceps*", prescripciones médicas que se extendieron inclusive hasta el 21 de mayo de 2017, como quiera que para esta data nuevamente fue diagnosticado con "*Artrosis acromioclavicular leve, ruptura completa pequeña del tendón del supraespinoso adyacente a la inserción, con retracción leve de las fibras sin atrifia, tendinopatía del infraespinoso con formación quística en la unión miotendinosa que puede estar en relación con ruptura parcial intrasustancia, tendinopatía del subescapular, bursitis leve subacromio-subdeltoidea y subcoracoidea y tenosinovitis de la porción largar del bíceps*" (Expediente electrónico, archivos PDF 01DemandaAnexos, pág. 45 a 47).

De otro lado, de los resultados de la resonancia magnética del hombro izquierdo del actor, se estableció que, para el 22 de agosto de 2020, aún se presentaba "*tendinopatía del subescapular e infraespinoso, bursitis subdeltoidea, tenosinovitis extra articular de la posición larga del bíceps y aérea del enestosis en la metafisis proximal del húmero*" (Expediente electrónico, archivos PDF 01DemandaAnexos, pág. 49 a 50)

De igual forma, se avizora que fue aportada solicitud de exámenes – historia de control consulta externa especializada, por diagnóstico de síndrome manguito rotador y consulta por primera vez por ortopedia y traumatología, de fechas 3 de agosto y 9 de septiembre de 2020, esto es, más de 2 años después terminado su vínculo laboral (Expediente electrónico, archivos PDF 01DemandaAnexos, pág. 42 a 44).

De lo anterior, es claro que el actor desde el 13 de abril de 2015, ha venido presentando quebrantos en su estado de salud, relacionados con los diagnósticos a los cuales que

se acaba de hacer alusión, y que se reflejan inclusive con posterioridad a la terminación de la relación laboral, esto es en agosto de 2020; no obstante lo anterior, se debe hacer claridad que dentro del presente juicio no obra medio de prueba alguno que demuestre que estos diagnósticos hayan sido de conocimiento del empleador, debido a que no existe ni una sola comunicación dirigida por el trabajador al dador del laborío poniéndolo en conocimiento sus condiciones de salud, requisito sine qua non, para activar la garantía constitucional pregonada, máxime, cuando para el finiquito del contrato laboral no se encontraban vigentes incapacidades médicas, ni recomendaciones laborales, que permitieran inferir que la situación de salud alegada era de conocimiento de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y que conduzca a afirmar que la terminación del contrato fue discriminatoria por su condición de salud, pues si bien, en misiva del 26 de marzo de 2018 el actor comunica que se encuentra incapacitado hasta el 27 de marzo de 2018 y que cuenta con recomendaciones médicas por seis meses (Expediente electrónico, archivos PDF 06ContestacionAguasBogotá, pág. 185), lo cierto es que esta comunicación solo contiene una afirmación que no se encuentra acompañada de prueba documental que dé veracidad a la manifestación y así se lo hizo saber la enjuiciada al dar respuesta a esta misiva, adiada 17 de abril de 2018 (Expediente electrónico, archivos PDF 06ContestacionAguasBogotá, pág. 186-187).

En ese mismo hilo argumentativo, se tiene que si bien, la parte interesada allega desprendibles de nómina de marzo de 2018 y allí se evidencia el reconocimiento de un emolumento por concepto de "enfermedad ambulatoria", ello no quiere decir que sea producto del reconocimiento de una incapacidad médica y mucho menos que la misma se haya generado a raíz de los diagnósticos a los que se han venido haciendo referencia a lo largo de esta providencia.

También se tiene que el recurrente censura la sentencia de primer grado al desconocer el interrogatorio de parte absuelto por este mismo extremo procesal, según el cual acredita el estado de salud y los tratamientos médicos de su enfermedad. En este punto, sea lo primero resaltar que, a las afirmaciones rendidas por el convocante del litigio al momento de absolver el interrogatorio de parte no se le pueden restar eficacia probatoria por el hecho de que fueron vertidas por el mismo accionante, dado que, aunque esta Corporación insistentemente ha señalado que no es dable a la propia parte crear sus propias pruebas, para sacar provecho o beneficiarse de ella, máxime cuando es evidente que de su dicho no puede extraerse una confesión pura y simple, en tanto que no se observa que produzcan consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria, en términos del artículo 191 del C.G.P., lo cierto es que, ello no obsta para apreciar tales manifestaciones como una simple declaración de parte, más aun atendiendo a su contexto, según el cual, al grupo de trabajadores hoy demandantes le fue ejercida una presión indebida por parte del empleador para presentar renuncia al cargo que venían ejecutando.

Ciertamente en lo que respecta al interrogatorio de parte, el Código de Procedimiento Civil, suponía admitir que cada parte podía citar a la otra a interrogatorio, a efectos de lograr exclusivamente su confesión, y por ello aquellas manifestaciones de las partes que no fueran confesión no debían ser tenidas en cuenta por el juez, sin embargo, el Código General del Proceso, establece en la sección tercera lo relacionado con el régimen probatorio, y en su capítulo III la "*declaración de parte y la confesión*", es decir, dos medios de prueba autónomos, pues mientras lo desfavorable se toma como confesión, lo que no, puede ser apreciado por el juez como una simple declaración, tal como lo prevé el inciso final del artículo 191 del C.G.P, que a la letra reza: "*La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas*".

La doctrina también ha estudiado este tema y ha evidenciado el cambio que incorporó el CGP a su código antecesor, en los siguientes términos: *"los modernos sistemas que adoptan la victoriosa oralidad, entre ellos el del CGP, al acrecentar la inmediación y la libre valoración de las pruebas, engrandecen el significado principal del contacto personal e inmediato del juez con las partes y prácticamente sin excepción reconocen el vigor y la eficacia probatoria de la simple declaración de parte, obtenida en un interrogatorio libre"*¹. (Código General del Proceso- Aspectos probatorios – Ulises Canosa Suarez).

Conforme lo anterior, encuentra esta colegiatura que si bien, el accionante al momento de absolver el interrogatorio de parte, sostuvo que durante la existencia del vínculo laboral presentó problemas en su estado de salud, de esta prueba tampoco es posible extraer que dichos quebrantos hayan sido de conocimiento de su empleador y mucho menos que los mismo impidieran la ejecución de la labor para la cual fue contratado. Ahora bien, nótese que el absolvente refirió que su última incapacidad fue el 25 de mayo de 2018, sin embargo, como ha quedado dilucidado a lo largo de este juicio, el finiquito del contrato de trabajo acaeció el 27 de marzo de la misma anualidad, por tal razón, las manifestaciones realizadas por el absolvente no se acompasan con lo expuesto en el libelo introductor y lo dilucidado en esta contienda y al ser ello así, este medio de convicción no resulta suficiente para que las suplicas de la demanda salgan avantes.

Ahora bien, no existen más medios de convicción que deban ser analizados, como quiera que las pruebas testimoniales decretadas a favor de la parte actora, fueron objeto de desistimiento, entonces, al no demostrarse por parte del señor Marín ser beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, es totalmente diáfano que la relación laboral que existía con Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. finalizó por la culminación de la obra o labor contratada, conforme lo definió el juzgador de instancia, y así se dejó plasmado en la carta de terminación adiada 27 de marzo de 2018, al indicar *"En razón a la terminación del **CONVENIO INTERADMINISTRATIVO 1.7-10200-809-2012** perteneciente al **Proyecto Aseo**, hecho público y notorio que hace imposible la continuidad de su relación laboral, en los términos del Art. 61 del CST literal D' sin que dicha decisión haya estado motivada por el estado de salud del actor o por lo menos así no se encuentra demostrado en el informativo, aunado lo anterior, también se debe advertir que dentro del presente proceso no fue discutida la naturaleza de dicho contrato, por lo que se impone confirmar la sentencia recurrida, en lo que a este asunto se refiere.*

5. Acuerdo de formalización. Con el fin de abordar este asunto, advierte la sala de decisión que, pretende el apelante que se derive del convenio suscrito entre las codemandadas una estabilidad reforzada, en consecuencia, se le dé continuidad al vínculo laboral con las empresas que entraron a operar el contrato de aseo en ciudad de Bogotá.

A fin de dilucidar lo anterior, debemos tener en cuenta que, ante el Ministerio de Trabajo el 16 de diciembre de 2013, se suscribió acuerdo de formalización laboral entre la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá E.S.P. y Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., el que tenía por objeto regular *"la generación de empleo formal con vocación de permanencia respecto de los trabajadores vinculados laboralmente por la EMPRESA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. – E.S.P., para la ejecución y desarrollo del denominado PROYECTO ASEO, mediante el cual se llevarán a cabo las actividades operativas destinadas a "... la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá D.C., bajo la dirección y supervisión del EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – E.S.P.2, tal como lo dispone el*

¹ <http://jurisuniroario2012.blogspot.com.co/2012/08/codigo-general-del-proceso-aspectos.html>

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No 1-07-10200-0809-2012"; a su vez, se destaca que en dicho acuerdo, la primera de ellas "de manera libre y voluntaria manifiesta que garantizará el principio de estabilidad laboral da los trabajadores señalados en el listado anexo, considerando que para el desarrollo de su objeto social contratará las actividades operativas derivadas del mismo o bien con AGUAS BOGOTÁ S.A. ESP, como en efecto se verifica, o bien con otro operador, garantizando la continuidad de los contratos laborales de los trabajadores. Para el efecto, la empresa AGUAS BOGOTÁ S.A. ESP, efectuará las sustituciones patronales que sean requeridas para la continuación del vínculo laboral de estos trabajadores". (Expediente electrónico, archivos PDF 06ContestacionAguasBogotá, pág. 170 a 187).

A pesar de lo anterior, se debe advertir que el mismo dejó de ser oponible a la demandada Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá E.S.P., en virtud de lo dispuesto en la sentencia del 24 de agosto de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Seccional Primera – Subsección A (Expediente electrónico, archivos PDF 06ContestacionAguasBogotá, pág. 124 a 164), a través de la cual se declaró la nulidad parcial del Acuerdo No. 12 del 5 de diciembre de 2012, norma que dispuso la ampliación del objeto social de la EAAB y le permitía desarrollar actividades relacionadas con el servicio público de aseo, entonces la entidad pública al no poder ejecutar estas actividades, no podía garantizar el cumplimiento de lo pactado ante el Ministerio de Trabajo.

Ahora, la licitación y adjudicación para la prestación del servicio público de aseo pasó a estar en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP, quien en ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias adjudicó la concesión para la prestación del servicio público de aseo a los operadores Promesa de Sociedad Futura Promoambiental Distrito S.A.S. E.S.P., Limpieza Metropolitana S.A. E.S.P., Ciudad Limpia Bogotá S.A. E.S.P., Promesa de E.S.P. Futura Bogotá Limpia S.A.S. y Promesa de Sociedad Futura Área Limpia S.A.S. E.S.P., conforme se advierte de la Resolución No. 02 de 2018 (Expediente electrónico, archivos PDF 06ContestacionAguasBogotá, pág. 165 a 169), personas jurídicas que no suscribieron el acuerdo de formalización laboral que pretende ser objeto de aplicación y tampoco hacen son parte en este juicio, tal y como lo dispuso el juzgador de instancia, razón por la que se deberá confirmar la sentencia recurrida.

6. Costas. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de las demandadas, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado y por así disponerlo el numeral 3 del artículo 365 del C.G.P. Las de primera se confirman. Tásense.

DECISIÓN

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

RESUELVE

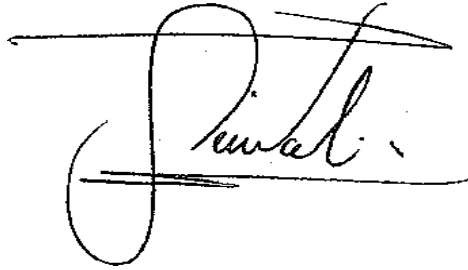
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de mayo del 2023, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de las demandadas. Se confirman las de primera instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



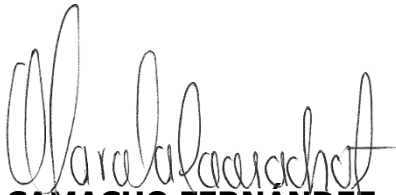
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
Aclara Voto

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de las demandadas y a cargo del demandante, el equivalente a medio $\frac{1}{2}$ SMMLV, esto es, la suma de \$ 580.000 a favor de cada una de las encartadas.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: SEGUNDO GUILLERMO GARAVITO GARCÍA
Demandadas: INDEGA S.A. Y BPO CONSULTING S.A.S.
Radicado No.: 29-2022-00040-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- PRESCRIPCIÓN - APELACIÓN DE SENTENCIA – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Segundo Guillermo Garavito García instauró demanda ordinaria contra Indega S.A. y BPO Consulting S.A.S., con el propósito de que se declare que con las demandadas existió una relación laboral desde el 1º de enero de 2005 al 18 de febrero de 2021 y, en consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de cesantía y sus intereses doblados a título de sanción, prima de servicios, vacaciones, aportes al subsistema de seguridad en pensión, reliquidación de salarios, derechos convencionales, devolución de dineros por concepto de impuestos, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de las cesantías completas a un fondo, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico de las pretensiones indicó en síntesis que ingresó a laborar para Indega S.A. el 1º de enero de 2005 como ayudante de camión, asignándose una ruta de entrega productos dirigido por Fredy Gilberto Garavito García, quien, desde aquella época al 22 de abril de 2012, fungió como empleador, contratado por la citada sociedad. Explicó que le fue cancelado un salario de \$1.000.000, junto con las prestaciones sociales y vacaciones, además, a partir del 23 de abril de 2012 Indega S.A. decide asignarle una ruta directa como entregador de productos para la cual le exigían la suscripción de un contrato de concesión para la reventa.

Afirmó que se dedicó a entregar los productos que distribuye Indega S.A. a los clientes de esa sociedad, quien le pagó un monto fijo y una comisión por producto entregado que previamente la misma demandada había vendido por medio de un pre vendedor. Preciso que debía cumplir un horario de trabajo y le daban órdenes para el desarrollo de su labor, además, le alquilaban bajo un contrato de arrendamiento un vehículo camión, el cual fue utilizado exclusivamente para la distribución de los productos que comercializa la sociedad accionada.

Señaló que debía portar uniforme de una de las marcas que distribuía la sociedad demandada y responder por todos los productos que le asignaban, aunado a que le exigían la subcontratación de tres trabajadores los cuales ayudaban a entregar los

productos, quienes debían estar afiliados al sistema general de seguridad social. Puntualizó que el salario pactado con la sociedad consistió en un valor fijo y comisión por cajas de productos entregados, además, que desde el 23 de abril de 2012 Indega S.A. le exigió contratar con la sociedad BPO Consulting Ltda servicios de administración de contabilidad, nómina, asesoría tributaria, diligenciamiento de planillas para pagos de seguridad social y parafiscales. Arguyó que desde el 23 de abril de 2012 las sociedades demandadas no lo afiliaron a un fondo de cesantías, ni cancelaron el citado auxilio y sus intereses, vacaciones y demás acreencias solicitadas en el libelo demandatorio. (Expediente electrónico, PDF 01Demanda, págs. 1 a 21).

2. Contestación de demanda

2.1. Indega S.A. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo la inexistencia de una relación de carácter laboral con el actor, puesto que no lo ha remunerado ni mucho menos subordinado, siendo estos requisitos esenciales para que se configure la existencia del contrato de trabajo. Afirmó que el 23 de abril de 2012 celebró con el gestor del proceso un contrato de concesión para la reventa, el cual finalizó mediante acuerdo de transacción el 14 de septiembre de 2018, además, que en calidad de empresario suscribió contrato de arrendamiento de vehículo automotor, el que inició en la misma fecha, pero finiquitó el 18 de febrero de 2021.

Refirió que con anterioridad al 23 de abril de 2012 no tuvo relación alguna con el demandante, ya que éste laboró para Fredy Gilberto Garavito García, sin que tuviera algún tipo de participación, con quien suscribió contrato de concesión para la reventa el 17 de septiembre de 2008, mismo que finalizó el 4 de febrero de 2014. Explicó que el gestor de la litis fungía como empresario independiente, en tanto que tenía la posibilidad de comprar y vender los productos y revenderlos a terceros y, a su vez, podía contratar a terceras personas para ejecutar las labores que él les asignaba. Frente a los supuestos fácticos dijo no ser ciertos o no constarle y en su defensa formuló la excepción previa de cosa juzgada y como de fondo las de inexistencia de la causa y de la obligación, prescripción, buena fe, compensación y cosa juzgada. (Expediente electrónico, PDF 08ContestaciónIndega).

2.2. BPO Consulting S.A.S. Al dar respuesta al libelo introductor, se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que el actor celebró un contrato de prestación de servicios con esta entidad quien le suministró los servicios de administración de contabilidad, nómina, asesoría tributaria y diligenciamiento de planillas para pago de seguridad social y parafiscales, nexo contractual que es permitido por la legislación civil y mercantil en Colombia, mismo que inició el 4 de abril de 2012 y finalizó el 18 de febrero de 2021.

Esgrimió que entre las partes nunca existió relación de carácter laboral y por tanto no adeuda las prestaciones pretendidas, tampoco se dio una intermediación laboral o solidaridad, en razón a que el objeto social de ambas sociedades demandadas es diferente, ni envió al actor como trabajador en misión. En cuanto a los hechos señaló ser ciertos los enlistados en los numerales 30°, 31°, 40° a 45°, 53° y 54° y, frente a los demás dijo no constarle o no ser ciertos. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de no lo debido, ausencia de derecho y fundamento legal para reclamar reconocimiento de la existencia del contrato de trabajo, inexistencia de la solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, innominada y prescripción.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de mayo de 2023, en la que el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de la relación laboral entre el demandante e Indega S.A. vigente desde 23 de abril de

2012 al 14 de septiembre de 2018. Así las cosas, condenó a la sociedad encartada al pago de los aportes al subsistema de seguridad social en pensiones y costas del proceso, declarando probada de manera parcial la excepción de prescripción.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación se propuso verificar si entre las partes existió un contrato laboral entre 1º de enero de 2005 al 18 de febrero de 2021 y, en consecuencia, si hay lugar al pago de acreencias laborales solicitadas en el escrito genitor. Con tal propósito, luego de citar los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T., así como hacer alusión a las sentencias SU-040 de 2018 y SL 16528 de 2016 y al material probatorio arrojado al proceso, señaló que, de conformidad con los contratos de concesión para la reventa del año 2012, la sociedad demandada se comprometió con el concesionario, para que este adquiriera y revendiera ciertas cantidades de producto que está autorizada a producir, por lo que el demandante se obligó a adquirir, pagar y vender la mercancía y mantener buena imagen de las marcas.

Dijo que en armonía al interrogatorio de parte, la prueba testimonial practicada, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas y la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., no se lograba desvirtuar la existencia de un contrato de trabajo, en la medida que no se probaron las características del vínculo comercial suscrito entre las partes de manera formal, lo que imponía su declaratoria a partir del 23 de abril de 2012 y hasta 14 de septiembre de 2018, toda vez que no quedó probado que en efecto el laborío que alega la parte demandante tuviera vigencia desde 1º de enero de 2005 al 18 de febrero de 2021, al punto que *"el mismo hermano del demandante pues señala que este lo contrató y le pagó el servicio que este le prestaba; si bien es cierto, digamos, que señala que era un requerimiento de Indega, tampoco era obligatorio que lo hubiese contratado, además, éste señala que era quien le indicaba, le daba las órdenes, le pagaba la seguridad social y le cancelaba pues el valor de los servicios prestados."*

Precisó que obra acta de transacción por medio del cual las partes finalizan la relación contractual el 14 de septiembre de 2018 y si bien con posterioridad existe un arrendamiento de vehículo por parte de Indega S.A., lo cierto es que fue el único vínculo que se dio entre las partes, sin que pudiera concluir *"de manera ligera entrar siquiera a presumir o a intuir ese contrato celebrado entre el demandante y Transbeb, simulado o fue impuesto por Indega, no se puede llegar a esa conclusión de manera ligera, porque se debió desde el inicio de la demanda haber vinculado a Transbeb para que se pudiera a través de un debate probatorio determinar cuál fue el papel que desempeñó Transbeb en ese interregno de tiempo (SIC)"*

En lo que hace a la prescripción aseguró que tal medio exceptivo debía ser declarado de forma parcial en la medida que el contrato terminó 14 de septiembre de 2018 y la demanda se presentó el 9 de febrero de 2022, es decir, por fuera del término de tres años previsto en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S. Así las cosas, indicó que las acreencias laborales reclamadas en el escrito demandatorio fueron afectadas por el citado fenómeno, a excepción de los aportes pensionales, mismos que son imprescriptibles.

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Demandante. Inconforme con lo anterior, formuló recurso de apelación esgrimiendo que de conformidad con la normatividad y jurisprudencia citada por la A quo, se debió tener por probado todo el periodo pedido en la demanda, máxime cuando en el año 2021 obra carta de terminación de contrato de arrendamiento de los vehículos y los testigos de manera coherente afirmaron que siguió la vinculación del actor con Indega S.A. hasta dicha fecha, entregando productos de la compañía.

Refirió que la A quo omitió pronunciamiento frente a la sociedad BPO Consulting S.A.S., en la medida que no era responsable de sus acreencias laborales, luego la citación de Transbe tampoco se hacía necesaria dado que la relación laboral se mantuvo con Indega S.A. y no conocía el nexo comercial o civil que mantuvo entre estas dos últimas sociedades, de allí que se imponía declarar el contrato de trabajo hasta el año 2021, tal y como fue pedido en la demanda.

4.2. Indega S.A. En su alzada expuso que de conformidad con la sentencia SL140 de 2023, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció la posibilidad de suscribir contratos de concesión con los cuales puede la compañía llegar a la explotación de sus marcas. Refirió que, si la experiencia fundamental de la empresa es la producción de bebidas y demás productos derivados, ella puede a través de aliados estratégicos celebrar estos vínculos para la reventa de sus productos, tal y como se dijo en la citada providencia.

Explicó que desde el año 2005 hasta el año 2012 el actor no tuvo ningún tipo de relación laboral con la sociedad, en tanto que lo fue con el hermano del demandante, quien le cancelaba salario y prestaciones, luego la falladora de primer grado debió colegir la inexistencia del laborío a partir de dicha data, máxime cuando el trabajador narró que contaba con una cuadrilla encargada de la explotación de la zona que le fue concedida y tenía la posibilidad de vender los productos que le compraban la compañía bajo total autonomía.

En ese sentido, dijo que la prueba testimonial daba cuenta de que el gestor de la litis contaba con plena autonomía para vender los productos de la compañía, de ahí que erró la juez de primer grado al concluir lo contrario en una clara omisión a la sentencia SL140 de 2023, más aún cuando se le exigió enervar la presunción de la existencia del laborío con la acreditación de los elementos del contrato de concesión, cuando el mismo no está en discusión. Arguyó que no existe un solo medio de convicción indicativo de la prestación del servicio del actor a favor de la sociedad demandada, además, de cara al interrogatorio de parte y prueba testimonial el actor podía explotar las zonas los días que aquel tenía la posibilidad y cancelaba el arrendamiento del vehículo automotor, quedando desvirtuado la existencia de la presunción laboral.

5. Alegatos de conclusión

5.1. BPO Consulting SAS. Alegó en su favor aduciendo que es una empresa que presta asesoría y consultoría administrativas contables, fiscales, legal, tributaria laboral y de seguridad social, lo cual se puede probar mediante el objeto social de la Cámara de Comercio y en desarrollo al mismo suscribió un contrato de asesoría con el demandante donde él como contratante requirió los servicios de la sociedad, prestándole asesoría con base a la actividad económica que tenía.

5.2. Indega S.A. En su escrito de alegaciones refirió que el A quo erró al apreciar lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T., como quiera que asumió que había probado la existencia de la prestación personal del servicio. Indicó que el demandante podía determinar los días en que salía a realizar la venta del producto terminado que le compraba a la empresa, quien se encargaba de la explotación de una zona en la que el mismo determinaba que cantidad de producto podía revender, sin que se diera ningún tipo de subordinación frente a él.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La demandada Indega S.A. fungió como empleadora del demandante, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?; (ii) De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar ¿Se equivocó la juez de primer grado al considerar que no se demostraron con exactitud los extremos temporales de la relación laboral solicitados en la demanda?; de encontrarse desacertada la conclusión de la A quo, se estudiará ¿Es factible el pago de las acreencias laborales e indemnizaciones que se reclama en el libelo introductor?

3. Relación laboral. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, para efectos de evaluar si el actor acreditó haber prestado sus servicios a favor de Indega S.A., encuentra la Sala que se aportó al diligenciamiento contrato de concesión suscrito por aquellos el 23 de abril de 2012, cuyo objeto consistió en:

"PRIMERA – OBJETO: *LA COMPAÑÍA se compromete a otorgar al CONCESIONARIO una concesión para que éste adquiera de aquélla y revenda, en forma no exclusiva, ciertas cantidades acordadas de LOS PRODUCTOS y EL CONCESIONARIO se compromete a adquirir y pagar a LA COMPAÑÍA tales cantidades de PRODUCTOS para venderlos, en forma exclusiva, y a velar por la competitividad de LOS PRODUCTOS y la buena imagen de LAS MARCAS.*

LA COMPAÑÍA se obliga a transferir al CONCESIONARIO conocimientos, experiencia y técnicas comerciales y EL CONCESIONARIO se obliga a cumplir con las políticas de la COMPAÑÍA en relación con la distribución, imagen de LOS PRODUCTOS y de LAS MARCAS, competitividad de los mismos, servicios a los clientes y condiciones de comercialización."

De la documental se extrae la prestación personal del servicio del actor a favor de la citada sociedad. Lo anterior, además, fue ratificado no sólo por la accionada desde la contestación de demanda al señalar que con aquel celebró un contrato de prestación de concesión para la reventa el 23 de abril de 2012, el cual finalizó mediante acuerdo transaccional del 14 de septiembre de 2018 (respuesta a los hechos 1º y 2º de la demanda); sino, además, por los testigos Diego Luis Forigua Duarte, Jorge Enrique Romero Rojas y Fredy Garavito, quienes aseguraron haber sido compañeros de trabajo del demandante y adujeron que Segundo Guillermo Garavito García laboró para la compañía inicialmente como ayudante de despacho y posteriormente conductor de camión de propiedad de la empresa, encargado de entregar los pedidos a los clientes del sector que le asignaron.

Así, fluye evidente que el gestor de la litis ejecutó personalmente las actividades contratadas a favor de Indega S.A., como lo enseñan las documentales y testimoniales citadas, las cuales ofrecen claridad sobre la forma en que prestó sus servicios y que conducen a esta Corporación a tener el convencimiento de que realizó labores en beneficio de la citada sociedad, lo que contrario a lo indicado por la censura, lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la **prestación personal del servicio**.

Se precisa que, aunque el andamiaje argumentativo de la pasiva se centró en el hecho de que el actor no prestó los servicios personales a su favor, como quiera que lo fue en calidad de arrendatario de los vehículos de transporte de propiedad de la compañía, allegando para tal efecto los contratos civiles celebrados 23 de abril de 2012, 22 de febrero de 2018 y 3 de diciembre de 2020, que finalizaron el 18 de febrero de 2021, lo cierto es que, a pesar de su suscripción la actividad desempeñada fue a favor de la empresa, ya que probado está que el promotor de la litis realizó su labor de conductor al servicio de la accionada, al punto que así se desprende de los mismos acuerdos, en tanto que la enjuiciada obligó al gestor de la litis destinar el vehículo automotor arrendado "*única y exclusivamente para el transporte, distribución o reventa de bebidas gaseosas, refrescos, jugos, aguas, té, bebida isotónicas, bebidas alcohólicas y otros productos de la marca Coca-Cola*", lo que devela que su esencia no es otra distinta a mantener su calidad de conductor y en definitiva a la realización de las actividades que le permiten a la sociedad cumplir con su objeto social que, entre otras cosas, corresponde al de "*La distribución y venta de jarabes, sodas, aguas minerales, bebidas gaseosas, bebidas alcohólicas y no alcohólicas y productos alimenticios de cualquier índole*"; por manera que resultan inanes los esfuerzos que hace la recurrente, para desvanecer la prestación de los servicios personales que acreditó el demandante a favor de la encartada.

Tal disquisición sirve además para enervar la otra tesis de la accionada, según la cual no hubo prestación personal del servicio a su favor, en tanto que lo fue con Compañía de Transporte de Bebidas S.A.S. -Transbeb, empresa que fungió como administradora del vehículo automotor previamente asignado al actor, con quien suscribió contrato de vinculación el 13 de junio de 2018 y nexo que finalizó el 18 de febrero de 2021. A esta conclusión se arriba, pese a obrar en el plenario el referido contrato, cuyo objeto fue vincular el vehículo automotor de carga asignado al promotor del proceso, quedando a como obligación de este último el ejecutar de manera independiente el servicio de transporte de carga de acuerdo con los contratos que Transbeb tenga con el cliente asociado al transporte de bebidas gaseosas, refrescos, jugos, aguas, té, bebida isotónicas, bebidas alcohólicas y elementos, tales como envases, canastas, racks y/o estibas, y además, el recaudar el dinero en efectivo correspondiente al precio pagado por el cliente por concepto de productos, elementos y, flete, pues lo cierto es que, tal como se dijo con respecto al contrato de arrendamiento celebrado con el actor, la actividad que desplegó el demandante continuó ciñéndose exclusivamente al contrato de concesión que suscribió con la demandada, luego la realidad que se refleja al interior del proceso no es otra que su labor personales continuó a favor de la encartada. Nótese como la prueba testimonial lo ratifica así, ya que los señores Diego Luis Forigua Duarte, Jorge Enrique Romero Rojas y Fredy Garavito manifestaron que el vehículo de carga siguió a cargo de Indega S.A., prestándole el accionante sus servicios en la medida que transportaba los productos de la citada sociedad.

Así las cosas, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio de Indega S.A., opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, según la cual, toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, esto es, bajo subordinación y con derecho a remuneración salarial¹presunción legal *iuris tantum*, en tanto admite prueba en contrario. De suerte que, se invierte la carga de la prueba, en donde la demandada deberá controvertir, de manera fehaciente, la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado “onus probandi”, “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*” (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual, bajo el principio de “*reus, in excipiendo, fit actor*”, cuando excepciona, funge de actor y deberá probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

La presunción significa **tener por cierto un hecho** antes de que se pruebe², darlo por cierto sin que esté probado, sin que nos conste³, se trata de un razonamiento por inducción⁴ creado por el legislador, no por el juez, orientado a eximir de prueba, en este caso, a quien prestó sus servicios personales a favor de otro, para que a priori, se tenga como cierto que su vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo, permitiéndole en virtud del derecho fundamental a la igualdad de los trabajadores ante la ley, derivado de lo previsto en los artículos 13, 25 y 53 de la Carta Política y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, contar con los mismos derechos de toda persona a tener un trabajo en condiciones dignas, equitativas y justas, con las mismas oportunidades y protección por parte del Estado; la configuración de esta presunción legal descansa en la experiencia⁵, materializa el principio de la primacía de la realidad y propende por la protección de los derechos de carácter irrenunciable que emanan de la relación laboral, haciendo efectiva la garantía de otros derechos fundamentales.

¹ T-694-2010

² Julio Gonzáles Velásquez, *Manuel Práctico de la Prueba Civil*, Librería Jurídica Ltda., Bogotá, 1951, p. 280.

³ Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y Presunciones*, Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 187.

⁴ C731-2005

⁵ Manuscritos de Jeremías Bentham por E. Dumont, edición 1847, citado por Gonzáles Vásquez, ob. Cit. p. 278.

Revisado el plenario, no existe prueba, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el promotor del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que el señor Segundo Guillermo Garavito García ejecutó su labor a través de un contrato de concesión o arrendamiento, pues lo imperativo era demostrar que tal actividad la hizo en forma independiente, lo que no ocurrió. Dada tal falencia probatoria, debe tenerse por cierto que el servicio se prestó con el elemento de la subordinación, tal cual lo coligió la Juez de primer grado.

En ese orden, frente al contrato de concesión que alude la apelante celebró con el actor, debe recordarse que la sentencia SL1842 de 2023, precisó el alcance de dicha figura jurídica significando que:

"dentro de las principales características de la concesión, está que el concesionario, compra a su nombre la mercancía para revenderla, por lo que queda vinculado jurídicamente al comprador. Por tanto, es evidente que la relación facilita que se alcance un «[...] cierto poder directivo y de control de recursos ajenos, mediante el cual el fabricante llega a organizar y dirigir una red comercial, sin el menester de concertar, en la misma, parte de su capacidad de inversión» (CSJ SC, 18 abril 2018, radicado 2007-00128-01).

Otras particularidades de este tipo de contrato, son (i) que el concesionario no siempre ejerce la actividad en una zona exclusiva; (ii) su lucro es la diferencia entre el precio de compra al fabricante y el de la reventa al consumidor; (iii) dispone de una organización empresarial permanente por cuenta y riesgo propio al servicio de otro comerciante, a fin de dar salida a sus productos; (iv) desarrolla las actividades dentro de una rama del comercio y (v) actúa con independencia, autonomía y sin subordinación jurídica de un tercero."

Bajo dicha tesis, aun cuando la censura acusa que la A quo desatendió lo señalado por la Sala de Casación Laboral – Descongestión – de la Corte Suprema de Justicia, para enervar la relación de trabajo que pregonaba el actor, lo cierto es que este Tribunal no encuentra que la falladora de primer grado haya incurrido en un desatino al colegir la inexistencia de dicho vínculo comercial entre los contendientes, pues al revisar el clausulado del vínculo se efectuaron pactos que en la realidad no se revelaron, o al menos Indega S.A. no logró demostrar.

Obsérvese, el objeto del contrato de concesión estuvo dirigido a la reventa de productos de la compañía accionada, finalidad que quedó plenamente desvirtuada por los testigos Diego Luis Forigua Duarte, Jorge Enrique Romero Rojas y Fredy Garavito, quienes al unísono señalaron que el actor no compraba mercancía para luego revenderla, pues su labor consistía en conducir un camión de propiedad de la encartada en una zona específicamente determinada por aquella, con el fin de entregar productos a los clientes que con anterioridad habían efectuado la compra a empleados de la misma empresa; dineros que en la noche debían dejar en las instalaciones de Indega S.A., junto con la entrega del automotor.

Nótese que el señor Luis Forigua Duarte, además de lo anterior hizo saber que el accionante mantenía un horario de lunes a sábado de seis de la mañana a ocho o nueve de la noche, afirmando que recibía órdenes de los supervisores de quienes recibía los pedidos que previamente estaban vendidos, portaba uniforme con el logo de Coca Cola y debía con posterioridad consignar el dinero producto de la venta. En igual sentido declaró Jorge Enrique Romero Rojas, señalando que Segundo Guillermo Garavito García, mantenía dentro del citado horario turnos rotativos, quien debía utilizar la dotación entregada por la pasiva y tenía jefe inmediato, además, refirió que el vendedor tomaba los pedidos por zonas y de acuerdo con ello cargaba el automotor, para posteriormente

efectuar la entrega del producto al cliente y recoger el dinero. Por último, Fredy Garavito, hermano del demandante, afirmó que el gestor de la litis tenía dentro de sus funciones entregar productos que se encontraban previamente vendidos por la sociedad demandada a los clientes respecto de una determinada zona, quien debía portar uniforme y recibía órdenes del superior y del gerente, al punto que fue capacitado para el desarrollo de la labor, misma que realizaba a través los camiones que Indega S.A. le arrendaba.

En este punto, debe precisarse que, aunque el alzado considera que no tiene validez la prueba testimonial antes esbozada en razón a que Fredy Garavito sostiene un vínculo de familiaridad, mientras que los demás han demandado a Indega S.A.; sin embargo, la Sala no evidencia del dicho de aquellos que tengan un interés inclinado a beneficiar la causa del actor, en tanto que sus afirmaciones no resultan contrarias a la realidad que refleja. Ello a partir de que los testigos fueron claros, contundentes y contestes al señalar la prestación subordinada que ejerció el actor a favor de la demandada, refiriendo el cumplimiento de horario, remuneración y el sometimiento a órdenes, cuando está por demás decir que a juicio de la Sala no estaban imposibilitados para saber en detalle sobre tales supuestos, pues, no puede olvidarse que también fueron compañeros de trabajo, luego esa circunstancia es razón suficiente para que conocieran las condiciones reales de la prestación del servicio.

Acotando que, aunque la censura considera que desvirtuó la subordinación al lograr la confesión del demandante en el interrogatorio de parte, respecto de la suscripción de los contratos de concesión y arrendamiento, ésta declaración de ninguna forma se puede considerar como perjudicial para el actor, por cuanto seguidamente aclaró que su labor no fue autónoma e independiente, sino que las condiciones del servicio las imponía la empresa, exigiendo la suscripción de los mismos, a lo que sumó que recibía órdenes de aquella.

En esa medida, su contenido sólo refuerza la relación laboral que ató a las partes, y en esta perspectiva, se concluye que la Juez de primera instancia no incurrió en el dislate que se le atribuye, máxime cuando es claro que la decisión que tomó se soportó en las pruebas recaudadas, de las cuales dedujo la prestación del servicio personal del gestor del proceso en favor del extremo pasivo de esta Litis y por la misma razón le atribuyó correctamente la presunción contenida en el artículo 24 ejusdem, es decir, que estuvo precedida de subordinación por parte de la accionada, en tanto que esta no allegó ninguna prueba del hecho contrario.

Y es que verificados los demás medios de convicción allegados al proceso se tiene que no obra en el proceso prueba documental ni testimonial que respalde que las partes estuvieron vinculadas por un contrato de tipo mercantil, ni que el demandante fuera autónomo e independiente al ejercer su cargo, dado que las obligaciones que cumplió no se restringieron a esa estricta vinculación, sino a una de estirpe laboral. Ello es así, porque, aunque el señor Cesar Giraldo Sandoval, testigo de la parte demandada y jefe de suministros de la zona sur, sostuvo que conoció al demandante como concesionario de la empresa, quien suscribió concesión de reventa, también afirmó que el señor Segundo Guillermo Garavito García tenía la ruta del 20 de julio, dado que tenía que recoger el camión con los productos y hacer la entrega del producido, sin que haya visto que se le expidiera factura de reventa.

Lo anterior ratifica que el promotor del proceso estaba sujeto a la subordinación por parte de la empresa en aspectos como el señalamiento de una zona de venta, sujeción a un precio de venta, reporte de ventas, utilización de elementos de trabajo, entre otras circunstancias que evidencian, por el contrario, la existencia de la figura jurídica de la

subordinación jurídica.

Como argumento adicional, debe decirse que las labores ejercidas por aquel no eran extrañas, ni ocasionales al rol de la sociedad Indega S.A., pues se prestó a favor por un lapso no inferior a nueve años, lo que demuestra, que tan necesaria era, que implicaba la presencia del actor quien contaba con el perfil para ejercer la función de transportar los productos que comercializa la citada sociedad, actividad que no sobra reiterar guarda relación con el objeto social, pues conforme se dijo en precedencia, el certificado de existencia y representación legal advierte que la sociedad tiene como actividad principal, entre otras, la distribución y venta de bebidas y productos alimenticios.

Lo anterior denota la necesidad de contar con esa persona para desarrollar cabalmente el objeto social de la compañía, por manera que al pretenderse un modelo de externalización empresarial se contrarían las reglas de la experiencia y sana crítica, que dan cuenta que dicha sección en la realidad no puede separarse y entregarse a un tercero con la pretensión ficticia de que el servicio se preste con total independencia y autonomía, porque esto compromete el desarrollo funcional de la sociedad, su situación económica y contable. De ahí que se le halle sentido a la prueba testimonial, según la cual el actor debía interactuar con otros cargos, entre ellos con la gerencia y supervisores de quienes recibía órdenes.

Ahora, aunque la demandada señala que ello solo denotaba una simple coordinación, lo que le resulta claro a la sala es que no es más que un eufemismo empleado para ocultar que el demandante debía ejecutar su trabajo en reales condiciones de subordinación, aunado a que no se puede pasar por alto que si bien el señor Segundo Guillermo Garavito García tenía la potestad de contratar terceras personas para la prestación del servicio, tal condición la ejerció en representación del empleador, en los términos del artículo 32 del CST, de ahí que se encuentren derruidos los reproches señalados en contra de la sentencia de primer grado.

Respecto a la figura de la representación, en providencia del 25 may. 2005, rad. 28779, se dijo:

"Dicha figura jurídica se da por virtud de la ley laboral (artículo 32 del CST), del convenio o del reglamento interno de trabajo y tiene por finalidad, la de ejercer el poder subordinante durante la relación laboral, con todos los matices de ese elemento, característico de la relación laboral, toda vez que, como se indicó, el empleador no está en posibilidad de ejercerlo en todos los frentes de trabajo, en las distintas factorías, oficinas o dependencias pertenecientes a una misma persona natural o jurídica.

Esa figura, de la representación, implica que el delegado o encargado, obliga, con sus actos u omisiones, al representado o delegatario -empleador-, quien deberá asumir las consecuencias de las conductas de aquel, por entenderse que de él provienen las gestiones, comportamientos, decisiones o directrices que ejerce e imparte el representante al grupo de trabajadores a su cargo, es decir que los pagos salariales, prestacionales, indemnizatorios de los empleados corren a cargo exclusivo del empleador, sujeto del contrato de trabajo, quien se beneficia de los servicios prestados por los trabajadores, sin que transmita sus obligaciones a quien lo representa, sino que delega expresa o tácitamente sus derechos, con respecto a un grupo determinado de trabajadores que laboran para él.

[...]

Un gerente, un administrador, un director o un liquidador, como son algunos de los ejemplos que prevé el artículo 32 citado, no se convierte en empleador de los trabajadores, pues continúa tal carácter en el dador del empleo, aun cuando delegue

determinadas funciones, como las de contratar personal, dirigirlo, darle órdenes e instrucciones específicas respecto a la forma de la prestación del servicio o de la disciplina interna del establecimiento o entidad. Tampoco, aquella norma desplaza o asigna algún tipo de responsabilidad en materia de las obligaciones laborales, y por ello, mal podría predicarse una solidaridad, a la que aspira el recurrente.”

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los medios de persuasión enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio personal del promotor de la litis a favor de Indega S.A. y la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia del contrato de trabajo derivada de dicha prestación, es claro que ningún dislate incurrió la juez primigenia al declarar su existencia, siendo menester precisar que si bien la A quo no se pronunció sobre las pretensiones dirigidas en contra de BPO Consulting S.A.S., lo fue en razón a que los elementos de persuasión allegados al plenario la llevaron a tener el pleno convencimiento sobre las circunstancias relevantes del proceso, esto es, la demostración de una verdadera relación laboral entre la primera de las citadas y el demandante, que ahora es ratificada por esta Sala de decisión.

Por lo dicho se confirma la decisión que bien tomó la Juez primigenia.

3.1. Extremos temporales de la relación. Esclarecido que entre las partes se verificó una verdadera relación laboral, le compete a la Sala dilucidar los extremos temporales del citado nexo contractual.

Sobre tal aspecto, es del caso precisar que, pese a que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio, misma que se vio, estuvo sujeta al poder subordinante y dependiente de la convocada a juicio, es claro que deben aparecer acreditados los otros elementos del contrato de trabajo, entre estos, los extremos temporales en los cuales se desarrolló la labor. Así, compete a la parte demandante, en virtud del principio de carga de la prueba a que se refiere el artículo 167 del CGP, no solo referir el periodo en el que se ejecutó la actividad en la que soporta sus peticiones, sino aportar los elementos de juicio que acrediten tal circunstancia.

Y es que la sola verificación de la prestación del servicio personal no exime al trabajador de probar los extremos temporales de iniciación y terminación del contrato de trabajo, así como su jornada de trabajo, ya que es indispensable en los procesos en que se solicite el reconocimiento de derechos sociales su demostración para que se liquiden con referencia en ellos, por tanto, corresponde satisfacer esa carga probatoria como presupuesto ineludible para la prosperidad de sus pretensiones.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2608-2019, señaló:

"Llegado a este punto, no sobra recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación « además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» así se dejó sentado en la providencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se memoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

...recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos

temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros”

Así las cosas, para efectos de evaluar si el aquí actor acreditó si la actividad personal se produjo de forma permanente e ininterrumpida y dentro de los extremos que se afirman en el escrito genitor, esto es, entre 1º de enero de 2005 al 18 de febrero de 2021, debe señalar la Sala que si bien Jorge Enrique Romero Rojas, testigo de la parte actora, manifestó que conoció al demandante desde el año 2005 realizando la labor de ayudante a favor de la sociedad demandada, lo cierto es que tal afirmación no ofrece credibilidad si en cuenta se tiene que Fredy Garavito, hermano del demandante, declaró que fue empleador de él a quien le canceló salarios y prestaciones sociales, toda vez que ejercía tal labor dentro de la actividad comercial que señaló sostuvo con Indega S.A., luego esa circunstancia desdibuja la veracidad del testimonio.

No obstante, debe recordar la Sala que dentro del acopio probatorio recaudado se encuentra el contrato de concesión y de arrendamiento suscritos por las partes, mediante los cuales se ratifica que el promotor del proceso prestó sus servicios desde 23 de abril de 2012 y por lo menos hasta 18 de febrero de 2021, data en la cual finalizó el último de los enunciados; probanzas que son suficientes para demostrar la prestación del servicio ininterrumpido, constante y cierto. Así las cosas, al hallarse probado que no hubo interrupción dentro del citado hito temporal incumbe a esta jurisdicción “*dictar una condena minus petita, (...) esto es, reconocer lo que se encuentre probado así sea parcialmente, de cara a lo planteado en las pretensiones de la demanda inicial*”(SL381-2021).

Por tal razón, se modificará el numeral 1º de la sentencia confutada, para en su lugar declarar que entre Segundo Guillermo Garavito García e Indega S.A., existió un contrato de trabajo desde 23 de abril de 2012 al 18 de febrero de 2021.

3.2. Salario. Esta Sala evidencia que la A quo no halló probado el salario que el trabajador aduce haber devengado en vigencia del laborío, ante la inexistencia de medio de convicción alguno que lo determinará así- punto frente al cual no hubo reparo alguno por el demandante-, esta Sala ha de tener como asignación salarial el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, en los términos del artículo 132 del C.S.T.

Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda la demandada al señor Segundo Guillermo Garavito García, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por el convocado a juicio.

4. Excepción de prescripción. Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

No fue materia de discusión por las partes que el gestor de la litis reclamó a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende el **21 de julio de 2021**, por tanto, es claro que la prescripción fue interrumpida a partir de aquella data, en la medida que la demanda fue radicada **9 de febrero de 2022**. En ese sentido, se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías, prima de servicios y sanción por la no consignación de cesantías **exigibles** con anterioridad al **21 de julio de 2018**.

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción**. En cuanto a las **vacaciones** en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020) se declara probada la excepción de prescripción de las vacaciones causadas con posterioridad al **21 de julio del 2017**.

5. Acreencias laborales adeudadas. Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas al actor, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

5.1. Auxilio de cesantía. Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST).

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda al actor la suma de **\$6.275.713** por concepto de auxilio de cesantía entre 23 de abril de 2012 al 18 de febrero de 2021.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días Liquidados	Valor cesantías
2012	\$ 566.700	\$ 0	\$ 566.700	248	\$ 390.393
2013	\$ 589.500	\$ 0	\$ 589.500	360	\$ 589.500
2014	\$ 616.000	\$ 0	\$ 616.000	360	\$ 616.000
2015	\$ 644.350	\$ 0	\$ 644.350	360	\$ 644.350
2016	\$ 689.455	\$ 0	\$ 689.455	360	\$ 689.455
2017	\$ 737.717	\$ 0	\$ 737.717	360	\$ 737.717
2018	\$ 781.242	\$ 0	\$ 781.242	360	\$ 781.242
2019	\$ 828.116	\$ 0	\$ 828.116	360	\$ 828.116
2020	\$ 877.803	\$ 0	\$ 877.803	360	\$ 877.803
2021	\$ 908.526	\$ 0	\$ 908.526	48	\$ 121.137
Total Auxilio de cesantías					\$ 6.275.713

5.2. Intereses a las cesantías. Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía,*

con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días liquidados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2012	PRESCRITO			
2013				
2014				
2015				
2016				
2017				
2018	ene-19	360	\$ 781.242	\$ 93.749
2019	ene-20	360	\$ 828.116	\$ 99.374
2020	ene-21	360	\$ 877.803	\$ 105.336
2021	Terminación de la relación laboral	48	\$ 121.137	\$ 1.938
Intereses a las cesantías				\$ 300.398

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$300.398** por concepto de intereses a las cesantías.

5.3. Sanción por no pago de intereses a las cesantías. Cumple recordar que de conformidad con el numeral 3 del artículo 1° de la Ley 52 de 1975, el empleador que no pague al trabajador los intereses establecidos deberá cancelarle a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses a las cesantías causados. En tal virtud, y como quiera que no fue cancelado en término ni a la culminación del laborío los intereses a las cesantías a los que tenía derecho el aquí demandante, se condenará a la llamada a juicio al pago de **\$300.398** a título de indemnización.

5.4. Prima de servicios. El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
dic-18	\$ 781.242	\$ 0	\$ 781.242	180	\$ 390.621
jun-19	\$ 828.116	\$ 0	\$ 828.116	180	\$ 414.058

dic-19	\$ 828.116	\$ 0	\$ 828.116	180	\$ 414.058
jun-20	\$ 877.803	\$ 0	\$ 877.803	180	\$ 438.902
dic-20	\$ 877.803	\$ 0	\$ 877.803	180	\$ 438.902
feb-21	\$ 908.526	\$ 0	\$ 908.526	48	\$ 121.137
Total Prima de servicio					\$ 2.217.677

Realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$2.217.677** por concepto de prima de servicios causadas.

5.5. Vacaciones. Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **\$1.772.888** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 23 de abril de 2012				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
23/04/2012 AL 22/04/2013	23/04/2013	PRESCRITO		
23/04/2013 AL 22/04/2014	23/04/2014			
23/04/2014 AL 22/04/2015	23/04/2015			
23/04/2015 AL 22/04/2016	23/04/2016			
23/04/2016 AL 22/04/2017	23/04/2017			
23/04/2017 AL 22/04/2018	23/04/2018	\$ 908.526	360	\$ 454.263
23/04/2018 AL 22/04/2019	23/04/2019	\$ 908.526	360	\$ 454.263
23/04/2019 AL 22/04/2020	23/04/2020	\$ 908.526	360	\$ 454.263
23/04/2020 AL 18/02/2021	Terminación relación laboral	\$ 908.526	325	\$ 410.099
Total vacaciones				\$ 1.772.888

6. Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías. Respecto a estas pretensiones cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de

febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

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

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de concesión, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso dan cuentan, sin mayores discusiones, que la empresa Indega S.A., quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor a través de la citada forma contractual, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló el promotor del proceso a favor de la llamada a juicio, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

En consecuencia, se entrará a cuantificar las indemnizaciones citadas así:

6.1. Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. Se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses de finalizada la relación (acta de reparto del 9 de febrero de 2022), en consecuencia, le corresponde la suma de **\$30.284** a partir del 19 de febrero de 2021 hasta que se efectúe el pago total de prestaciones sociales conforme lo dispone la norma en cita, en consideración a que al actor se le liquidaron sus prestaciones con el mínimo vigente para cada anualidad.

6.2. Sanción por la no consignación de las cesantías. Sobre la liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la corte ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016 “*que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral*”

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **\$24.651.271.**

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS - ARTICULO 99						
AÑO	SALARIO	DESDE	HASTA	SALARIO DIARIO	TOTAL DÍAS	SUBTOTAL MORATORIA
2017	\$ 737.717	21/07/2018	31/12/2018	\$ 24.591	160	\$ 3.934.491
2017	\$ 781.242	1/01/2019	14/02/2019	\$ 26.041	44	\$ 1.145.822
2018	\$ 781.242	15/02/2019	31/12/2019	\$ 26.041	316	\$ 8.229.082
2018	\$ 828.116	1/01/2020	14/02/2020	\$ 27.604	44	\$ 1.214.570
2019	\$ 828.116	15/02/2020	31/12/2020	\$ 27.604	316	\$ 8.722.822
2019	\$ 877.803	1/01/2021	18/02/2021	\$ 29.260	48	\$ 1.404.485
TOTAL SANCIÓN						\$ 24.651.271

7. Indemnización por despido sin justa causa. El promotor del proceso argumentó en su libelo introductor que se dan las condiciones para que sea condenada a la encartada al pago de la citada indemnización, en tanto que fue despedido sin justa causa.

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

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

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que el demandante cumplió con la aducida carga, en tanto que allegó para el efecto la carta de finalización del nexo que los ató, mediante la cual la empresa Indega S.A. comunicó al trabajador “1. se da por terminado el CONTRATO entre las partes 2. Por lo anterior, se solicita al ARRENDATARIO la restitución del vehículo arrendado bajo el CONTRATO en un plazo que no supere las veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación de la presente comunicación”, dejando en evidencia que la ruptura fue como consecuencia de una decisión unilateral del empleador.

De esta manera, al evidenciarse que el demandante cumplió con su carga probatoria, surge para Sala estudiar si la pasiva acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa.

En tal virtud, y como quiera que dicha circunstancia no fue probada, pues al realizar la valoración de dicha prueba, con total certeza se razona en ella que no se hizo una exposición clara y concreta de las razones sobre las cuales basa su decisión de finiquitar el vínculo, lo que demuestra que el actor no tuvo conocimiento de las razones que justificaron su retiro, es claro que el despido deviene en injusto, debiéndose por tanto imponer condena por este concepto, conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 64 del CST. A lo anterior, se debe sumar que, al declararse la existencia del contrato de trabajo, lo expuesto por la demandada, respecto de “Terminación unilateral del contrato de arrendamiento”, no es de recibo como justa causa.

Aplicando la norma sustantiva, se tiene que, a título de indemnización por despido injusto se reconocerá la suma de **\$5.644.638**, en razón a que el tiempo de servicio prestado por la promotora del litigio se enmarca en el literal “a” del Art. 64 en cita, en tanto que el trabajador devengaba menos de 10 salarios mínimos legales mensuales.

Indemnización por despido sin justa causa					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Indemnización
\$ 908.526	23/04/2012	22/04/2013	\$ 30.284,20	360	\$ 908.526
\$ 908.526	23/04/2013	22/04/2014	\$ 30.284,20	360	\$ 605.684
\$ 908.526	23/04/2014	22/04/2015	\$ 30.284,20	360	\$ 605.684
\$ 908.526	23/04/2015	22/04/2016	\$ 30.284,20	360	\$ 605.684

\$ 908.526	23/04/2016	22/04/2017	\$ 30.284,20	360	\$ 605.684
\$ 908.526	23/04/2017	22/04/2018	\$ 30.284,20	360	\$ 605.684
\$ 908.526	23/04/2018	22/04/2019	\$ 30.284,20	360	\$ 605.684
\$ 908.526	23/04/2019	22/04/2020	\$ 30.284,20	360	\$ 605.684
\$ 908.526	23/04/2020	18/02/2021	\$ 30.284,20	295	\$ 496.324
Total Indemnización					\$ 5.644.638

8. Aplicación de las convenciones colectivas de trabajo. En torno a la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo que fueron allegadas por el Ministerio de Trabajo, se observa que las mismas no pueden ser extensivas al trabajador demandante, en la medida que (i) no obró afiliación del actor a los sindicatos Sinaltrainal, Asontragaseosas y Sicom, en los términos del artículo 470 del C.S.T. y (ii) aunque las mismas por excepción pueden hacerse extensivas a los trabajadores no sindicalizados, de conformidad con el artículo 471 *ejusdem*, lo cierto es que no encuentra demostración que las organizaciones sindicales están conformadas por los menos por la tercera parte de los trabajadores de la empresa, además, se evidencia que los beneficios consagrados no quedaron extendidos expresamente a todos aquellos por voluntad de las partes suscriptoras.

En ese orden de ideas, habrá de absolver a la demandada del pago de las prestaciones extralegales reclamadas.

9. Aportes al subsistema de seguridad social en pensiones. Frente a esta pretensión, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Conforme a lo anterior, se evidencia que el trabajador en su calidad de concesionario aparente realizó el pago de los aportes a pensión dentro del periodo comprendido 23 de abril de 2012 al 18 de febrero de 2021, cuyo IBC para dicho hito temporal correspondió a un salario mínimo legal mensual para cada anualidad, tal y como se verifica del historial de semanas expedida por Colfondos S.A., de allí que no sea posible ordenar su pago a la entidad administradora de pensiones. Diferente sería, si el promotor del proceso hubiese pretendido la devolución de los aportes pagados en exceso, caso en el cual, procederá su reintegro, situación que no ocurre en tanto que no fue solicitado de esa forma en la demanda.

Esta circunstancia impone a esta Corporación que deba revocar el numeral tercero de la sentencia confutada, para en su lugar absolver a la encartada de esta pretensión.

10. Devolución de impuestos. En la misma línea, la devolución de impuestos, por tratarse de un asunto de índole tributaria, no le compete a la Sala ordenar la restitución de los dineros por este concepto, pues esta debe pedirse y ser estudiada por la DIAN y la Secretaría de Hacienda respectiva. (SL9641-2014, SL3157-2020, SL4189-2020, SL2872-2021, entre otras).

11. Indexación. La solicitud de indexación sobre las prestaciones sociales se negará ante la prosperidad de la indemnización moratoria. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles, tal y como se señaló en sentencia SL2695-2019. Sin embargo y como quiera que las vacaciones, indemnización por despido sin justa causa y sanción por la no consignación de las cesantías objeto de condena, no están cubiertas por la indemnización moratoria, ante su devaluación esta deberá ser indexada al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 19 de febrero de 2021 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

12. Costas en segundo grado. En esta instancia a cargo de la demanda, ante la no prosperidad del recurso de apelación formulado por la pasiva. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre **SEGUNDO GUILLERMO GARAVITO GARCÍA** e **INDEGA S.A.** entre 23 de abril de 2012 al 18 de febrero de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **INDEGA S.A.**, a pagar a **SEGUNDO GUILLERMO GARAVITO GARCÍA**, las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$6.275.713** por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$300.398** por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$300.398** por concepto de sanción por el no pago de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- d) **\$2.217.677** por concepto de prima de servicios.
- e) **\$1.772.888** por concepto de vacaciones, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 19 de febrero de 2021 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.
- f) **\$5.644.638** por concepto de indemnización por despido sin justa causa, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 19 de febrero de 2021 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.
- g) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma de **\$30.284** correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde 19 de febrero de 2021 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta que se efectúe el pago total de prestaciones sociales conforme lo dispone la norma en cita, en consideración a que al actor se le liquidaron sus prestaciones con el mínimo vigente para cada anualidad.
- h) Por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías la suma de **\$24.651.271**.

TERCERO: REVOCAR el numeral 3° de la sentencia confutada, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada del pago de aportes al subsistema de seguridad social en pensiones, conforme a lo motivado.

CUARTO: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia apelada, para en su lugar **DECLARAR PROBADA** de manera parcial la excepción de prescripción propuesta por la encartada **INDEGA S.A.**, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

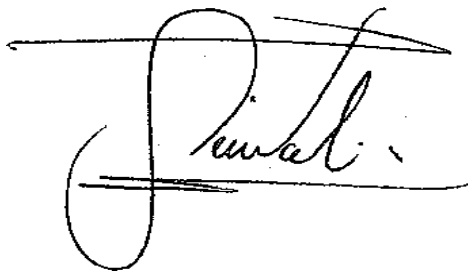
QUINTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEXTO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de **INDEGA S.A.** Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **SEGUNDO GUILLERMO GARAVITO GARCÍA** y a cargo de **INDEGA S.A.**, en la suma de \$5.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JACINTO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ
Demandado: BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.
Radicación: 110013105-003-2021-00471-01
Tema: CONSULTA SENTENCIA – COMPARTIBILIDAD PENSIÓN
CONVENCIONAL – CONFIRMA.

Bogotá D.C., Veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jacinto González Rodríguez, instauró demanda ordinaria contra el Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A., con el propósito que se le reconozca y pague la pensión mensual vitalicia de jubilación prevista en el capítulo décimo de la Convención Colectiva de Trabajo 1985-1987, artículos 54 a 70, por cumplir con los requisitos previstos en el artículo 71 ibídem, a partir del 15 de octubre de 2001, fecha de terminación de la relación laboral con el Banco y en donde acreditaba más de 30 años a su servicio, prestación que debe ser liquidar en la forma prevista en los artículos 54, 55, 56, 58 y 62 del mismo texto convencional; declarar que la pensión de jubilación tiene las prerrogativas de ser vitalicia, compatible y excluyente con la pensión voluntaria y/o legal que percibe actualmente, dado que la C.C.T. fue firmada antes de la expedición del Decreto 2879 de 1985; se reconozca el pago de intereses moratorios o subsidiariamente la indexación, así como las costas.

Subsidiariamente solicita que se condene a la demandada a pagar la pensión que fue reconocida mediante el convenio del 26 de octubre de 2001, de conformidad con las condiciones establecidas en la CCT vigente 1985-1987, en cuantía inicial de \$937.452, para el año 2001, correspondiente al 100% del sueldo promedio mensual devengado en el año anterior al retiro, la cual es excluyente con la pensión voluntaria y/o legal, junto con los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el día 06 de septiembre de 1943 y prestó sus servicios en forma personal y continua al Banco Comercial Antioqueño S.A. hoy Itaú Corpbanca Colombia S.A., desde el 25 de noviembre de 1964 hasta el 15 de octubre de 2001, fecha en la que se hizo efectivo su retiro del banco, acumulando un tiempo de servicio de más de 30 años; refiere que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 23 de agosto de 1985 y la misma se encontraba vigente inclusive hasta el cumplimiento de los 30 años de servicio; al 31 de agosto de 1985 tenía contrato de trabajo vigente y los 30 años de servicio fueron cumplidos el 25 de noviembre de 1994. Finalmente, sostuvo que le fue

reconocida una pensión de carácter voluntaria mediante el acta de conciliación del 26 de octubre de 2001, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el año anterior al retiro y se indicó que esta prestación sería transitoria (Expediente electrónico, PDF 01ActaDeReparto, págs. 3 a 15).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda el Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que la Convención aplicable al presente caso es la de vigencia 1991-1993, la cual señala en su artículo 54 los requisitos para ser beneficiarios de la pensión convencional, entre estos, cumplir 55 años en caso de ser hombre y 20 años al servicio de la compañía. Manifiesta que a pesar que el actor no cumple con los requisitos para que le sea aplicable la norma convencional, la sociedad de manera voluntaria y por mera liberalidad le reconoció una pensión convencional transitoria de jubilación a partir del 2 de diciembre de 2001, pensión que, en los términos de la conciliación suscrita tiene el carácter de compartida, no solo porque así lo establecieron las partes, sino porque además fue reconocida con posterioridad al 17 de octubre de 1985, fecha de entrada en vigencia del artículo 5 del Decreto 2879 de 1985, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y/o ausencia de causa – De la compartibilidad pensional - Del no cumplimiento de los requisitos pensionales a la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, cosa juzgada, buena fe, compensación y prescripción (Expediente electrónico, PDF 03ContestacionDemanda, pág. 2 a 29).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de agosto de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró probada la excepción de compatibilidad pensional y, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y se abstuvo de imponer costas.

El quo fundamentó su decisión en que, no se encontraba en discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 25 de noviembre de 1964 al 15 de octubre de 2001, de igual forma, advirtió que tampoco había sido controvertida la legalidad del contrato de transacción suscrito por las partes el 25 de septiembre 2001, debido a que no se solicitó su nulidad.

De acuerdo con la prueba documental aportada al plenario, manifestó que conforme certificación laboral expedida por la demandada, se encontraba acreditado que el actor era jubilado del Banco enjuiciado desde el 16 de octubre de 2001, con una mesada de \$703.089 que corresponde al 89.08% del salario percibido por el actor al momento del retiro, prestación que contaba con la expectativa de ser compartida con la reconocida por el ISS. A su vez, manifestó que, de acuerdo con esta prueba, la pensión fue reconocida hasta el 31 de agosto de 2004, fecha en que la misma quedó totalmente a cargo del ISS hoy Colpensiones.

De otro lado, sostuvo que la convención colectiva de trabajo vigente para la fecha de terminación del contrato de trabajo fue la vigente entre el 1 de septiembre de 2001 al 31 de agosto de 2003, la que en su artículo 37 remite a la aplicación de la compilación de convencional del 10 de septiembre de 1991, la que en sus artículos 54 y 58 establece las condiciones de reconocimiento de la pensión de jubilación e indica que la misma debe ser entendida compartida con la reconocida legalmente y que de su lectura no se logra establecer que pensión fuera compatible con la de vejez, como se pretende en el escrito de demanda.

En este mismo sentido, indicó que, en el contrato de transacción del 25 de septiembre 2001, se pactó entre las partes el reconocimiento de una pensión convencional de

jubilación transitoria calculada sobre el 75% de los salarios promedios devengados del ultimo años de labores y se pagará hasta el cumplimiento de los 60 años de edad, fecha en la que el actor debía reclamar ante el ISS la pensión de vejez. Siendo ello así, y conforme lo reflejado en la Resolución 016822 del 2004 del ISS, encontró acreditado el reconocimiento de esta pensión a partir del 6 de septiembre de 2003 en cuantía de \$926.939.

Que de acuerdo con el documento denominado "acumulado concepto por empleado" al actor para el año 2003, la empresa por concepto mesada pensional le pagó \$809.781 y para el año 2004 \$862.336 por lo que se concluye que la pensión reconocida por el ISS era superior a la reconocida por la empresa demandada.

Respecto a la compartibilidad de las pensiones legales y extralegales, argumentó que conforme con lo expuesto en la sentencia SL3846 de 2022 de la Corte Suprema de Justicia, si no existe una disposición convencional expresa que determine la compatibilidad de las pensiones extralegales reconocidas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, las mismas quedaban sujetas a la regla de compartibilidad, de suerte que el demandante al jubilarse el 17 de octubre de 2001, se entiende que las misma es compartida, conforme lo establecido en el acuerdo de transacción y al haber sido reconocida con posterioridad al 17 de octubre de 1985 se debía absolver a la demandada de las pretensiones principales y subsidiarias (Expediente electrónico, archivos 7 y 8).

4. Impugnación y límites del ad quem. Sin recurso en instancia.

5. Alegatos. El demandante alegó en su favor indicando que le asiste derecho a que se declare que la pensión convención es compatible con la de vejez y por ende solicita que se revoque la sentencia consultada y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda. Por su parte, la demanda peticiona que se confirme la decisión de primera instancia, como quiera que fue acertada al reconocer que la prestación reconocida por esta sociedad es convencional y compatible con la que posteriormente reconoció el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. Se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, de conformidad con el artículo 69 ejusdem.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Le resulta aplicable al demandante la Convención Colectiva de Trabajo 1985-1987, suscrita entre el Banco Comercial Antioqueño S.A. y la Organización Sindical Asociación Colombiana de Empleados Bancarios "ACEB" (ii) ¿Es procedente disfrutar de la pensión de jubilación convencional reconocida por la Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A., y la pensión de vejez reconocida por el ISS, hoy COLPENSIONES? (iii) ¿La pensión de jubilación convencional otorgada por la enjuiciada es compatible con la pensión de vejez?

3. Compartibilidad Pensional. Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que entre el accionante y el Banco Comercial Antioqueño S.A., quien modificó su razón social por Banco Santander Colombia hoy Itaú CorpBanca Colombia S.A., existió un contrato de trabajo entre el 25 de noviembre de 1964 al 15 de octubre de 2001 (Expediente electrónico, PDF 01ActaDeReparto, pág. 339); (ii) Que mediante acta de conciliación del 26 de octubre de 2001, se acordó el reconocimiento de una pensión convencional de jubilación a partir del 16 de octubre de 2001, en cuantía inicial de \$926.739 (Expediente electrónico, PDF

01ActaDeReparto, pág. 339, PDF 03ContestacionDemanda, pág. 56 a 60); (iii) Que mediante Resolución No 016822 del 28 de junio de 2004, el otrora ISS, hoy Colpensiones reconoció la pensión de vejez a partir del 6 de septiembre de 2003, en cuantía de \$926.739 (Expediente electrónico, PDF 03ContestacionDemanda, pág. 66); (iv) Que mediante oficio del 17 de noviembre de 2004, el entonces Banco Santander hoy Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A. le comunica al actor la suspensión de los pagos de las mesadas de la pensión de jubilación, debido a que la reconocida por el extinto ISS fue superior a la venía pagando la entidad financiera (Expediente electrónico, PDF 03ContestacionDemanda, pág. 63).

Ahora bien, pretende la parte demandante la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo 1985-1987, en lo que al reconocimiento de la pensión de jubilación se refiere, al respecto, se precisa que si bien, mediante acta de conciliación del 26 de octubre de 2001, entre las aquí partes se acordó el reconocimiento de una pensión convencional de jubilación, allí no se establece cual es la norma que sirve de base para su reconocimiento, ahora bien, también se debe hacer hincapié que, la enjuiciada al momento de contestar el libelo introductor señaló que la norma aplicable al caso particular es el artículo 54 de la Convención 1991-1993.

Para esclarecer lo anterior, se debe hacer notar que, conforme lo dispuesto tanto por la organización sindical como por el empleador en la norma convencional vigente al momento del finiquito de la relación laboral, esto es, la vigente entre el 1 de septiembre de 2001 hasta el 31 de agosto de 2003, en su artículo 37, establece que *"El Banco manifiesta que continuará reconociendo para los empleados vinculado con contrato laboral con el Banco Santander Colombia S.A. (antes Banco Comercial Antioqueño S.A.), no procedentes del antiguo Banco Santander, todas las normas de la compilación convencional realizada y firmada el diez (10) de septiembre de 1991, y que no fueron modificadas o derogadas por las Convenciones Colectivas de trabajo de 1993, 1995, 1997 y 1999"* (Expediente electrónico, PDF 01ActaReparto, pág. 315 a 332).

Al ser ello así, se tiene que la Convención Colectiva vigente para el interregno del 6 de septiembre de 1991 al 31 de agosto de 1993, establece frente a la pensión de jubilación en su artículo 71 que, lo dispuesto en el capítulo 10º de la convención 1985-1987, solo tiene aplicabilidad para aquellos trabajadores que al 31 de agosto de 1985 contaran con contrato de trabajo vigente con el entonces Banco Comercial Antioqueño, regulación que no fue derogada o modificada por acuerdos convencionales posteriores, específicamente las suscritas para los años 1993, 1995, 1997 y 1999; definido lo anterior, para el asunto objeto de estudio, se tiene que el señor Jacinto González inició relación laboral con el Banco Comercial Antioqueño S.A., hoy Itaú CorpBanca Colombia S.A. el 25 de noviembre de 1964, por ende y contrario a lo sostenido por el Juez de instancia, resulta claro que al promotor de la contienda le asiste derecho a que se apliquen las disposiciones pregonadas en el libelo genitor, esto es, la vigente para las anualidades 1985-1987 (Expediente electrónico, PDF 01ActaReparto, pág. 94 a 121).

Teniendo en cuenta lo anterior, exige el artículo 54 de la Convención Colectiva 1985-1987, para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación, el cumplimiento de 55 años de edad y 20 años de servicio continuo, el primero de los requisitos fue cumplido 06 de septiembre de 1998, en tanto nació en el mismo día y mes del año 1943 (Expediente electrónico, PDF 01ActaReparto, pág. 334), fecha para la cual también se había cumplido con el segundo requisito, en la medida que los 20 años de servicio fueron acreditados el 25 de noviembre de 1984, por ende, el actor causó esta prestación 06 de septiembre de 1998, no obstante lo anterior, conforme el contenido de este mismo articulado, la prestación se disfrutará a partir del día siguiente la fecha en se produce el finiquito de la relación laboral, es decir a partir del 16 de octubre de 2001, tal y como

fue acordado en el acta de conciliación del 26 de octubre de 2001, anteriormente aludida, por lo que, resulta ahora pertinente definir si esta reviste la calidad de compatible, como quiera que sobre aspectos puntuales como el monto de la pensión, valor de la primera mesada y fecha de reconocimiento, no existe disquisición alguna.

Así las cosas, con el propósito de desatar la controversia que se suscita, esto es, establecer si la pensión de jubilación reconocida por el empleador, es compatible con la de vejez reconocida en su momento por el extinto ISS, es decir, si el demandante tiene derecho a disfrutar de ambas pensiones de manera independiente, o si por el contrario, la de jubilación otorgada por el empleador se debe compartir con la de vejez reconocida por el otrora Instituto, caso en el cual, el empleador solamente estaría obligado a reconocer el mayor, si lo hubiera.

Para dirimir el problema jurídico planteado en la presente Litis, se hace necesario revisar el desarrollo legislativo sobre el tema de la subrogación de riesgos por parte del Instituto de Seguros Sociales, para lo cual debemos partir de lo establecido en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, que señala *"Las prestaciones reglamentadas en esta ley que venían causándose en virtud de las disposiciones anteriores a cargo de los patronos se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado en cada caso"*

Posteriormente, mediante el Acuerdo 224 de 1966, emanado del Consejo Directivo del ISS y aprobado por el artículo 1º del Decreto 3041 del mismo año, se reglamentó la pensión de vejez y el sistema paulatino de subrogación de acuerdo al tiempo de servicios, conforme se extrae de los artículos 60 y 61. Así mismo, se desarrolló el inciso 2 del artículo 76 de la Ley 90 de 1946.

Así las cosas, debe resaltarse que no existía en aquel entonces, disposición alguna que impusiera al Instituto de seguros Sociales la obligación de asumir el pago de las prestaciones extralegales, voluntariamente otorgadas por el empleador mediante un acto contractual, convencional o decisión unilateral; tampoco existía disposición que directa o indirectamente descartara, prohibiera o impusiera, la compartibilidad entre las pensiones de vejez y las voluntarias de jubilación.

Ante esta perspectiva no cabe duda que el punto quedaba en ese entonces diferido al acuerdo contractual o convencional de las voluntades del empleador y del trabajador o trabajadores, o a la unilateral voluntad del empleador que concede la prestación. Siendo ello así, se considera como regla general, respecto de la pensión extralegal de jubilación, que la obligación del empleador de pagar la pensión extralegal de jubilación surge pura y simple cuando las partes, o el empleador, no la someten expresamente a plazo o condición.

Posteriormente, se expidió el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, el cual en su artículo 5º, se estableció:

"Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono."

La obligación de seguir cotizando al seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales."

Sin lugar a dudas esta normatividad se ocupa por primera vez, de la pensión extralegal de jubilación, para entrar a suplir la voluntad de las partes, en el evento de que estas guardaran silencio sobre las condiciones de tiempo de su otorgamiento; definiéndose que frente a dicho silencio, se entiende que las partes convinieron sujetarla a la condición resolutoria de su extinción en el momento en que el I.S.S. iniciara el pago de la de vejez, si ésta era igual o mayor que la voluntaria, o a la modificatoria de la reducción de su valor a la diferencia entre uno y otra, si la de vejez resultaba inferior a la convenida. Es decir, se podría afirmar desde ese punto de vista, que la pensión convencional o voluntaria es, en principio, incompatible con la de vejez, y es, en su lugar, compartible con ella. Salvo que, expresamente, las partes acuerden o el empleador voluntaria y unilateralmente se obligue, bajo condiciones diferentes.

Lo anterior quiere decir entonces que para el caso de las pensiones de jubilación extralegales reconocidas con anterioridad a la expedición del acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de la misma anualidad, esto es reconocidas antes del 17 de octubre de 1985, no operaba lo mismo, como quiera que en principio la pensión de jubilación extralegal debía ser entendida como compatible con la prestación de vejez reconocida por el Instituto de Seguro Social, salvo estipulación en contrario.

Posición que se encuentra reflejada en la sentencia SL1813-2022, en donde se rememora la CSJ SL1031-2022, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre muchas otras, en donde se manifestó:

"(...) la Sala ha tenido oportunidad de precisar, que las prestaciones pensionales extralegales, otorgadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, comportan el carácter de compartibles, con ocasión de lo previsto por el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de igual anualidad, y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma calenda, lo cual no obsta para que las partes pacten su compatibilidad, pues no existe restricción alguna frente a un acuerdo de voluntades de tal connotación.

[...]

De igual forma, en sentencia CSJ SL118-2019, sobre el tema de compartibilidad y compatibilidad pensional, esta Corporación señaló:

Frente a este último punto, esta sala de la Corte ha señalado, con insistencia, que, por regla general, las pensiones convencionales causadas con anterioridad al 17 de octubre de 1985 son compatibles con las de vejez que otorga el Instituto de Seguros Sociales, pues la posibilidad de compartirlas sólo se generó tras la expedición del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de 1985. Del mismo modo, ha adoctrinado que las excepciones a dicha regla sólo pueden provenir de un acuerdo entre las partes, plasmado en el mismo instrumento normativo que consagra la prestación, como la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral.

Decantado lo anterior, tenemos entonces que la pensión extralegal reconocida al demandante por parte de su empleador no detentaba la calidad de compatible, como quiera que, conforme las exigencias realizadas en el artículo 54 de la Convención Colectiva 1985-1987, fue causada el 06 de septiembre de 1998, en tanto que, para esta fecha contaba con la edad y tiempo de servicio exigido, y fue reconocida hasta el 16 de octubre de 2001, es decir, al día siguiente de la finalización de vínculo laboral,

data para la cual ya se encontraba vigente el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de la misma anualidad.

Entonces, frente a relacionado con este asunto, baste traer a colación la sentencia SL4602-2020, en la que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al estudiar un asunto de similares contornos, estimó que se aplica la figura de la compartibilidad pensional de conformidad con las previsiones del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año y artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, en los siguientes términos:

(...) en la sentencia CSJ SL4282-2017, en la que adocrinó:

[...] Sobre la figura de la compartibilidad pensional se ha entendido, desde los orígenes de la Ley 90 de 1946, que su finalidad es la subrogación total o parcial de una obligación que estaba en cabeza del empleador, pero que al reunirse los requisitos legales pertinentes, es asumida por la entidad de seguridad social a la que se encuentren inscritos los empleadores y afiliados sus trabajadores.

*La mencionada ley en punto a las pensiones legales y extralegales, solo vino a ser reglamentada en 1985 por medio del artículo 5° del Acuerdo 029, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, que consagró esa posibilidad para los empleadores inscritos al ISS, que a partir de la fecha de publicación del mismo otorgaran pensiones de jubilación reconocidas en convención, pacto, laudo arbitral o voluntariamente, siempre que continuaran cotizando para los riesgos de IVM hasta el momento en que los afiliados cumplieran los requisitos exigidos por el Instituto, dejando la obligación para esos empleadores de pagar el mayor valor frente a la pensión que venían reconociendo. Posteriormente, con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, se hizo una consagración similar. **Solo se agregó en el parágrafo de su artículo 18 que esa compartibilidad pensional no operaría cuando, en la convención, pacto, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se dispusiera expresamente la compatibilidad entre las dos prestaciones**" (Negrilla fuera del texto)*

Colofón de lo dicho, de manera cristalina se concluye que la pensión de jubilación convencional es compartible con la pensión de vejez que viene percibiendo el actor a cargo del ISS, hoy Colpensiones, máxime que, la única excepción para que no opere la compartibilidad ocurre cuando está expresamente en la convención colectiva, pacto, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, situación que no se logra acreditar con la compilación convencional allegada al informativo.

De otro lado, debe decirse que desde que la sociedad Itaú CorpBanca Colombia S.A. le reconoció la pensión de jubilación convencional le previno acerca de la compartibilidad pensional en los siguientes términos: *"Una vez cumplida la edad, el Banco podrá hacerle compartida la pensión en forma automática, pagando desde ese entonces, sólo la diferencia que presuma le corresponde al jubilado, entre la pensión que estuviere pagando en esa época y la que presume le reconocería el Seguro Social o un Fondo Privado de haberse presentado a reclamarla"* (Expediente electrónico, PDF 03ContestacionDemanda, pág. 58).

También se hace imperioso manifestar que, la entidad financiera demandada continuó cotizando al ISS, subrogando de esta forma los riesgo de invalidez, vejez y muerte con esta entidad, prueba de ello es que la entonces administradora del régimen de prima media reconoció la prestación por vejez, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad; en esta medida solo queda a

cargo de Itaú CorpBanca Colombia S.A., el mayor valor entre una y otra prestación, circunstancia que no se presenta en el caso bajo estudio, ello en razón a que la mesada que venía percibiendo como pensión de jubilación resulta ser inferior a la de vejez que reconoció el extinto ISS, en la media que la primera de ellas fue reconocida en cuantía de \$809.781 y \$862.336 para los años 2003 y 2004, respectivamente, mientras que la pensión legal lo fue en la suma de \$926.739 y \$986.884, para cada una de estas mismas anualidades, conforme se extrae del documento denominado "acumulados de conceptos por empleado" y la Resolución No 016822 de 2004 (Expediente electrónico, PDF 01ActaReparto, pág. 351 a 354 y PDF 03ContestacionDemanda, pág. 66).

En esta medida, es diáfano que la obligación convencional asumida por la entidad financiera fue subrogada en su totalidad, por tal razón, dado el carácter de compartida de la pensión convencional y al no existir un mayor valor con la pensión legal, no hay lugar a imponer condena en contra del Banco Itaú CorpBanca Colombia S.A., en consecuencia, se impone confirmar la sentencia consultada.

4. Costas. Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, además de revisarse la sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del demandante.

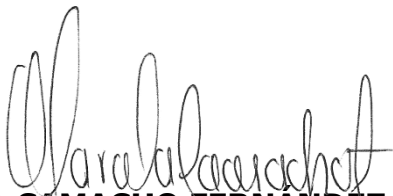
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

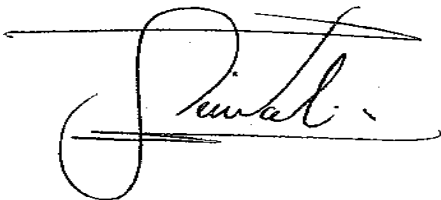
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el de agosto de 2022, por el Juzgado Tercer Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *MARCO ANTONIO FERIA URIBE*
DEMANDADO: *COLPENSIONES*
RADICACIÓN: *110013105-023-2022-00425-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA*
TEMA: *RECONOCIMIENTO PENSIONAL – COMPATIBILIDAD PENSIONAL – MODIFICA Y CONFIRMA.*

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor Marco Antonio Feria Uribe a través de mandatario judicial instauró demanda laboral contra Colpensiones, con el fin que se reconozca, liquide y pague la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita, los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que, laboró en varias empresas privadas, cotizando al sistema pensional al ISS hoy Colpensiones, un total de 1.582 semanas; a su vez refiere que en forma alterna laboró y cotizó en el Magisterio Oficial Colombia y por ello, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución 12460 del 12 de diciembre de 2018, le reconoció pensión vitalicia de jubilación; mediante derecho de petición de fecha 15 de marzo de 2022 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por los aportes que realizó a pensión con entidades del sector privado, petición que fue negada mediante Resolución SUB 178803 del 7 de julio de 2022, frente a la cual se interpuso recurso de apelación el 13 de julio de 2022, mismo que fue resuelto de manera desfavorable en Resolución DPE 10848 del 26 de agosto de 2022 (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 5 a 13).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 08NotificacionAndje).; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación Colpensiones: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que, el actor cuenta con una pensión otorgada por parte del FOMAG, lo cual genera un escenario de incompatibilidad con el eventual reconocimiento pensional a cargo de Colpensiones, como lo establece la Ley 549 del 28 de diciembre de 1999, artículo 17, inciso 4; que al no asistirle derecho a la pensión de vejez, tampoco resulta procedente las pretensiones de intereses moratorios e indexación. Como excepciones de mérito propuso las que denominó falta de causa

para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación (Expediente digital, PDF 10ContestacionDemanda, pág. 2 a 15).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 2 de mayo de 2023, mediante la cual el Juzgado condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez, conforme lo dispuesto en la ley 797 de 2003, a partir del 1 de marzo de 2022, en cuantía inicial de \$3.795.174, por trece mesadas pensionales al año, y aplicando los reajustes legales anuales correspondiente, autorizando que del retroactivo pensional se efectúen los descuentos por aportes a salud. A su vez, condenó al pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 15 de julio de 2022, y hasta cuando se pague la pensión ordenada, y gravó en costas a Colpensiones (Expediente digital, Archivos PDF 15 y 16).

Indicó que se encontraba acreditado que el Magisterio le reconoció al actor pensión vitalicia de jubilación el 3 de julio de 2018 en cuantía de \$2'820.27, conforme se extraía de la Resolución 124602 de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá. Para resolver si la pensión de jubilación que percibe como docente oficial es compatible con la pensión de vejez solicitada a Colpensiones, trajo como sustento la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 12272 de 2022, para concluir que ambas pensiones no se sufragan con recursos de tesoro público, tienen origen y naturalezas jurídicas diferentes, dado que el fondo económico de donde se cancelan las pensiones por vejez, invalidez y sobrevivientes, no resulta ser de propiedad de Colpensiones por ser esta entidad un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica, no es dable estimar dicho fondo común como un bien del tesoro público sometido a lo consagrado en el artículo 22 128 superior, por lo tanto, esta entidad no debió negar el reconocimiento de la pensión reclamada.

Frente al reconocimiento de la pensión de vejez, estimó que la norma aplicable era la ley 797 de 2003, por ello, advirtió que el demandante nació el 23 de febrero de 1960, por ende, cumplió 62 años el 23 de febrero del 2022. Respecto al tiempo de servicio, del reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado a marzo del 2022, estableció que el demandante cotizó a Colpensiones entre el 2 de febrero del 1982 al 28 de febrero del 2022, reuniendo un total de 1.586, por lo que, cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 33 ibídem, para acceder a esta prestación; que la última cotización fue realizada en febrero de 2022 registrando un IBL en los últimos 10 años de \$5.397.773, que luego de aplicarle una tasa de reemplazo de \$70.37%, se tuvo una primera mesada pensional de \$3.795.174; en vista que la pensión se causó con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005 la prestación se debía reconocer por 13 mesadas pensionales al año.

En cuanto a los intereses moratorios, indicó que el actor solicitó el reconocimiento pensional el 15 de marzo de 2022, dado que para esta fecha contaba con los requisitos para acceder a ella y dado que la entidad no accedió a su reconocimiento, resultaba claro que, la entidad incurrió en mora, por lo que los intereses se debían reconocer a partir del cuarto mes, esto es a partir del 15 de julio de la misma anualidad y hasta la fecha en que se efectuó su pago. Ante la prosperidad de los intereses moratorios, no hay lugar a la indexación.

Respecto a la excepción de prescripción, señaló que la prestación se hizo exigible el 1 de marzo de 2022, la demanda se presentó el 28 de septiembre de la misma

anualidad, por lo que, resultaba claro que el termino trienal aún no había transcurrido, por ello declaró no probado este medio exceptivo.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **Colpensiones** quien indica que conforme lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, se presenta una incompatibilidad entre la pensión solicitada y la reconocida por FOMAG, dado que, por prohibición constitucional ninguna persona puede percibir dos prestaciones del erario. De otro lado, señaló que lo correcto era haber solicitado el pago de la inclusión de los aportes hechos por el demandante en Colpensiones para que, a su vez ayude a financiar su mesada pensional y eventualmente se solicitara su reliquidación. Frente a los intereses moratorios, sostuvo que los mismos resultaban improcedentes en la medida que la entidad actúa dentro de la normatividad vigente, adicional a ello, al momento del pago se indexaran las sumas que eventualmente deba pagar. Finalmente, señala que no hay lugar al pago de costas teniendo en cuenta que existen actos administrativos que sustentan la falta de reconocimiento del derecho pretendido por el actor.

6. Alegatos de conclusión. No fueron presentados alegatos de conclusión por las partes.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes: **(i)** ¿La pensión de vejez que se reconoce en el régimen con prestación definida a cargo de Colpensiones es incompatible con la pensión de jubilación que viene disfrutando el demandante? En caso negativo **(ii)** ¿Le asiste derecho al accionante a que se le reconozca y pague la pensión de vejez conforme lo dispone la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003? **(iii)** ¿Proceden los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y desde que fecha? y **(iv)** ¿Hay lugar a impartir condena por concepto de costas?

3. Pensión de vejez - pensión Magisterio- incompatibilidad. Es importante señalar que, si bien los docentes oficiales están excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social en virtud de lo previsto en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, tal calidad no les impide prestar sus servicios a instituciones de naturaleza privada y en virtud a ello, financiar una posible pensión de vejez en el marco de la Ley 100 de 1993, ya sea en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así se infiere del contenido del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, que permite a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio que además reciban remuneraciones del sector privado, a que acumulen cotizaciones como docentes oficiales con cotizaciones del sector privado para que sean administradas en dicho fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993.

Precepto reglamentario de la Ley 100 de 1993, a partir del cual solo se puede educir, según lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que si los docentes oficiales vinculados a la entidad que administra las pensiones de ese sector, paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden válidamente afiliarse a una administradora de pensiones del RAIS o del RPM y cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen especial accederán a las prestaciones propias del mismo (Sentencia del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, citada en la SL3775-2021).

Ahora, si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, de la aplicación de dicha normativa, lo cierto es que de conformidad con el mandato previsto en el artículo 17 de la misma Ley, la calidad de exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social no exime al empleador privado de la obligación de realizar las cotizaciones al sistema cuando contrata como trabajador a quien pertenece al régimen pensional de los docentes oficiales, como sucedió en el evento bajo examen, en el que las distintas entidades del sector privado le aportaron al sistema general en pensiones al accionante desde el 02 de febrero de 1982 hasta el 28 de febrero de 2022, en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (Expediente digital, PDF 11ExpedienteAdministrativo, pág. 21 a 36 y 275 a 291).

Al respecto, baste traer a colación lo delineado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 17 de julio de 2013, radicado 41001, en un caso análogo al que hoy convoca a la Sala, en la que la Corte, adoctrinó: "(...) *Como conclusión, no existía incompatibilidad alguna entre la pensión de jubilación oficial reconocida a la demandante y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social*"

Así las cosas, el hecho de que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le haya reconocido al actor una pensión de jubilación a partir del 3 de julio de 2018, por los servicios prestados como docente distrital, según se extrae del contenido de la Resolución 12460 del 12 de diciembre de 2018 (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 63 a 66), no le hace perder el derecho que le puede asistir en el régimen de prima media con prestación definida, esto es, la pensión de vejez, pues tales prestaciones no son incompatibles, y además, para el reconocimiento de la pensión de jubilación del magisterio no se tuvieron en cuenta los periodos cotizados al ISS, hoy COLPENSIONES, con lo cual, se desvanece el argumento propuesto en la alzada.

Por lo expuesto, la afiliación y las cotizaciones del actor al RPM fueron plenamente válidas y son compatibles con su afiliación como docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues se itera, si bien las prestaciones pensionales de los docentes oficiales son a cargo del Estado, lo cierto es que las mismas se generan por tiempos de servicios ajenos a las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, lo que impone impartir aprobación a la sentencia de primera instancia, en cuanto asumió el estudio de la pensión de vejez, como seguidamente lo hará esta Sala.

4. Pensión ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003. Es así que analizado el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley

100 de 1993, se concluye que el actor satisfizo las condiciones mínimas para acceder a la pensión de vejez, ya que acreditó los 62 años el 23 de febrero de 2022, por haber nacido el mismo día y mes del año 1960 (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 99) y para la misma data superaba las 1300 semanas de cotización como se demuestra con la historia laboral, actualizada al 8 de febrero de 2023 (Expediente digital, PDF 11ExpedienteAdministrativo, pág. 275 a 291) en la que se advierte que se realizaron cotizaciones hasta el ciclo de marzo de 2022 acumulando de esta forma 1.592,86 semanas y registrando allí la novedad distinguida con la letra (P), lo que significa que el afiliado suspende el pago de cotizaciones en pensión por considerar cumplidos los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, conforme lo dispuesto artículo 11 de la Resolución 1747 de 2008, modificada por la Resolución 2377 de 2008, como a continuación se detalla:

ACTUALIZADO A: 08 febrero 2023												
C 19399507 MARCO ANTONIO FERIA URIBE												
[34] Identificación Aportante	[35] Nombre o Razón Social	[36] RA	[37] Periodo	[38] Fecha De Pago	[39] Referencia de Pago	[40] IBC Reportado	[41] Cotización Pagada	[42] Cotización Mora Sin Intereses	[43] Nov	[44] Dias Rep.	[45] Dias Cot.	[46] Observación
860014918	FUNDACION UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOM	SI	202202	04/03/2022	83C20097931194	\$ 4.788.000	\$ 766.200	\$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
860014918	FUNDACION UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOM	SI	202203	06/04/2022	83C20099053955	\$ 4.788.000	\$ 766.200	\$ 0	P	30	30	Pago aplicado al periodo declarado

Por lo anterior, se deberá modificar la fecha de disfrute de la pensión reconocida en primera instancia, por lo que la misma deberá ser reconocida a partir del 1 de abril de 2022, conforme lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en la medida que se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de la enjuiciada.

Respecto del ingreso base de liquidación, debe observarse el sistema contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años, o toda la vida laboral en el caso de acreditar más de 1250 semanas, debiendo aplicar el IBL que resulte más favorable, para lo cual ha de aplicarse la fórmula de que trata el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, para establecer la tasa de reemplazo.

Así las cosas, en vista que el a quo encontró que el IBL favorable era el de los últimos 10 años, y al respecto no se presentó inconformidad por la parte actora, la Sala solo procederá a realizar el cálculo del IBL de los últimos 10 años, con base en la historia laboral más actualizada, obrante en el expediente (Expediente digital, PDF 11ExpedienteAdministrativo, pág. 275 a 291), según anexo que se glosa a la sentencia, obteniéndose la suma de **\$5.436.691,04**, suma superior a la encontrada por el juzgador primigenio, que lo fue de **\$5.397.773,72**, es menester señalar que la diferencia estriba en que, contrario a lo sostenido por el fallador, la última cotización no fue realizada en febrero de 2022, sino en marzo de esta misma anualidad, adicional a que el ingreso base de cotización para el mayo de 2015 no fue de \$2.150.000, sino de \$5.566.000; a pesar de lo anterior, como la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones no se variará el monto definido en primera instancia.

5. Tasa de reemplazo artículo 34 ley 100 de 1993. De acuerdo con lo anterior, debemos remitirnos a lo dispuesto en el art. 34 de la ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, precepto normativo del que podemos extraer que, para la determinación de la tasa de reemplazo, se debe tener en cuenta la formula allí plasmada:

$$r = 65.50 - 0.50 s,$$

Donde **r** corresponde a la tasa de reemplazo, **S** equivale al ingreso base de liquidación, dividido por el valor de salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, esto es el año 2022, que equivale a \$1.000.000.

De acuerdo con lo expuesto, tenemos entonces que para hallar **S** es necesario efectuar la siguiente operación:

$$s = \text{IBL/SMLMV}$$
$$s = \$5.397.773,72 / \$1.000.000$$

Así las cosas, tenemos que el valor de S equivale a 5,39.

Establecido lo anterior, continuamos con el desarrollo de la formula señalada en la norma en cita ($r = 65.50 - 0.50 s$), para lo cual debemos en primer lugar, tomar el resultado de S: 5,39 y multiplicarlo por 0.5 y, en segundo lugar, procederemos a reemplazar la formula.

$$5,39 \times 0.5 = 2.69$$

$$r = 65.50 - 2.69$$
$$r = 62.81$$

Ahora bien, contempla el norma objeto de estudio que a partir del año 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, sin que en ningún caso el valor total de la pensión pueda ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Tenemos entonces que el mínimo de semanas requeridas a los que alude la norma en cita corresponde a 1.300, por ende, el demandante cuenta con 292,86 semanas adicionales, es decir que le corresponde un porcentaje adicional de 1.5% del ingreso base de liquidación en relación a cada 50 semanas adicionales.

Por lo planteado precedentemente, válidamente podemos efectuar la siguiente formulación:

$$\text{Semanas adicionales} = (1.592,86 - 1300 = 292,86/50 = 5 \times 1.5\% = 7,50 \%).$$

En consecuencia, se tiene que el actor cuenta con 292,86 semanas adicionales de cotización, esto es, 5 puntos sobre los cuales aplicar el 1.5% de porcentaje adicional, para un total de 7.50% de incremento sobre el porcentaje atrás calculado.

Efectuada entonces la sumatoria de r (62.81) más el porcentaje resultante de las semanas adicionales (7.50%), tenemos una tasa de reemplazo equivalente a 70.31%, tal y como fue hallado acertadamente por el juzgador de conocimiento.

Adicionalmente, se debe resaltar que sobre la manera de liquidar la prestación de vejez bajo los parámetros expuestos en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL3785 de 2019, enseñó cómo se debe proceder a efectuar el cálculo de tasa de reemplazo, así:

“En consecuencia, al aplicar dicha fórmula, teniendo en cuenta el IBL calculado por el ISS en \$4.246.969, dividido en el salario mínimo mensual vigente para el año 2009, correspondiente a \$497.000, el número de salarios mínimos asciende a 8.54, el que multiplicado por 0.50, arroja un valor de 4.27, guarismo que restado al 65.50%, da igual a un porcentaje del 61.23%. Luego, al contar la actora con 1.561 semanas, se deduce que 411 son adicionales a las 1.150 que consolidaron su derecho pensional para ese año, por lo que al aplicar el 1.5% a cada 50 semanas posteriores, se obtienen 12 puntos que incrementan el porcentaje calculado, para un total del 73.23%, el cual evidentemente también es menor al 78% reconocido por la entidad convocada a juicio”

De suerte que, una vez realizadas las operaciones aritméticas del caso, constata esta Corporación que el monto correspondiente a la mesada pensional con el IBL de \$5.397.773,72 al aplicársele el 70.31% de tasa de reemplazo arroja una mesada inicial de **\$3.795.174,70** para el año 2022, valor que fuera determinado en la sentencia objeto de revisión, por lo que impone confirmar la decisión de instancia.

6. Prescripción. Ahora, para efecto del disfrute y el retroactivo, como Colpensiones propuso la excepción de prescripción, hay lugar a estudiar dicho medio exceptivo, tal como lo establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que dispone el término de tres años contados a partir de que la obligación se hizo exigible, la que se puede interrumpir presentando la reclamación por escrito.

En el sub examine, la obligación de solicitar la pensión se hizo exigible una vez acreditó el requisito de la edad mínima, esto es, 23 de febrero de 2022, presentando la solicitud de vejez el 15 de marzo de 2022 (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 15), negada a través de Resolución SUB 178803 7 de julio de 2022 (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 25 a 37), sobre la cual interpuso recurso de apelación, suspendiendo el término prescriptivo hasta agotar la vía gubernativa, lo cual aconteció tras la expedición de la Resolución DPE10848 del 26 de agosto de 2022, la que fue notificada 12 de septiembre del mismo año (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 53 a 62). Desde tal data podía acudir a la jurisdicción y hasta el 12 de septiembre del año 2025 a efecto de que no le prescribiera ninguna mesada pensional, acudiendo a la vía judicial el 28 de septiembre de 2022 (Expediente digital, PDF 02ActaReparto), con lo cual, ninguna mesada se encuentra afecta por dicho fenómeno, tal como acertadamente lo determinó el a quo.

7. Retroactivo. Ello así, de conformidad con el artículo 283 del CGP que establece que la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia y una vez realizadas las operaciones matemáticas por concepto del retroactivo pensional objeto de condena correspondiente a las mesadas causadas entre el 01 de abril de 2022 al 30 de septiembre de 2023, se obtiene la suma de \$76.589.662, y a partir del 01 de octubre de 2023 Colpensiones deberá cancelar una mesada pensional de \$4.293.102, la cual se incrementará anualmente conforme con el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y sobre 13 mesadas pensionales, según lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005 por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
2022	13,12%	\$ 3.795.175	10	\$ 37.951.747
2023		\$ 4.293.102	9	\$ 38.637.915
TOTAL				\$ 76.589.662

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

8. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Establecidos los anteriores supuestos se analiza la súplica relativa al reconocimiento, liquidación y pago del valor correspondiente a los intereses moratorios por la demora injustificada en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, discurriendo sobre este aspecto, que el sustento normativo de la pretensión relativa a ello, lo constituye el imperativo de orden legal consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, según el cual *"en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago."*

La doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, según la cual los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

Así mismo, frente a su causación, ha establecido en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximos de 4 meses a que se refiere el artículo 9º de la ley 797 de 2003"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013).

Ahora, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:

Artículo 19º.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas

con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)».

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió Colpensiones a negar la pensión solicitada, bajo el argumento de la incompatibilidad pensional, desconociendo que la Sala de Casación Laboral, ya desde el año 2008 viene sosteniendo que tal incompatibilidad no se presenta (Radicación No 28164 del 19 de junio de 2008, y radicado No 40848 del 6 de diciembre de 2011), y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub examine, la solicitud se presentó el 15 de marzo de 2022 (Expediente digital, PDF 01Demanda, pág. 15), por lo que tenía la entidad de seguridad social hasta el 15 de julio de 2022 para reconocer el derecho reclamado, pero como no lo hizo habría lugar a los intereses moratorios desde el 16 de julio de 2022, es este sentido se deberá modificar la sentencia apelada.

9. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el artículo 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aún cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

10. Costas. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: MODIFICAR los **NUMERALES PRIMERO Y SEGUNDO** de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

"PRIMERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a favor de **MARCO ANTONIO FERIA URIBE**, la pensión de vejez de conformidad a la Ley 797 de 2003, a partir del 1 de abril de 2022, en cuantía inicial de \$3.795.174, por

trece mesadas pensionales al año, y aplicando los reajustes legales anuales correspondientes. En consecuencia, se deberá reconocer por concepto de retroactivo pensional causado entre el 01 de abril de 2022 al 30 de septiembre de 2023, la suma de \$76.589.662, y a partir del 01 de octubre de 2023 Colpensiones deberá cancelar una mesada pensional de \$4.293.102, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

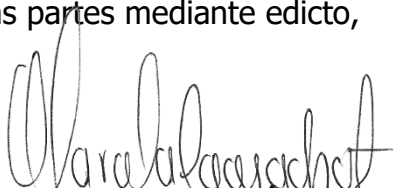
PARÁGRAFO: *Se autoriza a la demandada para que del retroactivo pensional a pagar al demandante efectúe los correspondientes descuentos por aportes a salud.*

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a favor de **MARCO ANTONIO FERIA URIBE**, los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 16 de julio de 2022, y hasta cuando se pague la pensión que se ordena reconocer.

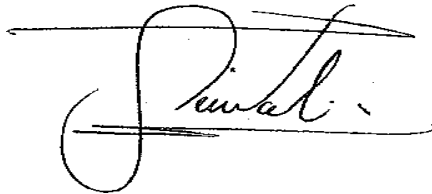
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

LIQUIDACIÓN DEL IBL DE TODA LA VIDA LABORAL CON BASE A LA INFLACIÓN ANUAL								AÑO	*Mes	INGRESO MENSUAL ACTUALIZADO MULTIPLICADO POR EL NÚMERO DE DÍAS DE ESE INGRESO
PERIODOS DE COTIZACIÓN						FECHA ÚLTIMA COTIZACIÓN:		2022	03	
DESDE			HASTA			# Días	INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (IBC, mensual del periodo)			
Año	Mes	Día	Año	Mes	Día					
2012	04	01	2012	04	31	30		\$ 4.331.362,94		129940888,20
2012	05	01	2012	05	31	30	\$ 2.962.000,00	\$ 4.331.362,94		129940888,20
2012	06	01	2012	06	31	30	\$ 2.962.000,00	\$ 4.331.362,94		129940888,20
2012	07	01	2012	07	31	30	\$ 2.962.000,00	\$ 4.331.362,94		129940888,20
2012	08	01	2012	08	31	30	\$ 2.962.000,00	\$ 4.331.362,94		129940888,20
2012	09	01	2012	09	31	30	\$ 2.962.000,00	\$ 4.331.362,94		129940888,20
2012	10	01	2012	10	31	30	\$ 2.962.000,00	\$ 4.331.362,94		129940888,20
2012	11	01	2012	11	31	30	\$ 2.962.000,00	\$ 4.331.362,94		129940888,20
2012	12	01	2012	12	31	30	\$ 2.577.000,00	\$ 3.768.373,50		113051205,00
2013	01	01	2013	01	31	30	\$ 1.580.000,00	\$ 2.255.417,99		67662539,70
2013	02	01	2013	02	31	30	\$ 3.189.000,00	\$ 4.552.232,89		136566986,70
2013	03	01	2013	03	31	30	\$ 3.110.000,00	\$ 4.439.461,99		133183859,70

2013	04	01	2013	04	31	30	\$ 3.110.000,00	\$ 4.439.461,99	133183859,70
2013	05	01	2013	05	31	30	\$ 3.110.000,00	\$ 4.439.461,99	133183859,70
2013	06	01	2013	06	31	30	\$ 3.110.000,00	\$ 4.439.461,99	133183859,70
2013	07	01	2013	07	31	30	\$ 3.606.000,00	\$ 5.147.491,94	154424758,20
2013	08	01	2013	08	31	30	\$ 3.110.000,00	\$ 4.439.461,99	133183859,70
2013	09	01	2013	09	31	30	\$ 3.110.000,00	\$ 4.439.461,99	133183859,70
2013	10	01	2013	10	31	30	\$ 3.110.000,00	\$ 4.439.461,99	133183859,70
2013	11	01	2013	11	31	30	\$ 3.110.000,00	\$ 4.439.461,99	133183859,70
2013	12	01	2013	12	31	30	\$ 3.709.000,00	\$ 5.294.522,35	158835670,50
2014	01	01	2014	01	31	30	\$ 3.266.000,00	\$ 4.573.424,39	137202731,70
2014	02	01	2014	02	31	30	\$ 3.266.000,00	\$ 4.573.424,39	137202731,70
2014	03	01	2014	03	31	30	\$ 3.266.000,00	\$ 4.573.424,39	137202731,70
2014	04	01	2014	04	31	30	\$ 3.266.000,00	\$ 4.573.424,39	137202731,70
2014	05	01	2014	05	31	30	\$ 2.154.000,00	\$ 3.016.275,61	90488268,30
2014	06	01	2014	06	31	30	\$ 3.266.000,00	\$ 4.573.424,39	137202731,70
2014	07	01	2014	07	31	30	\$ 3.266.000,00	\$ 4.573.424,39	137202731,70
2014	08	01	2014	08	31	30	\$ 3.266.000,00	\$ 4.573.424,39	137202731,70
2014	09	01	2014	09	31	30	\$ 3.266.000,00	\$ 4.573.424,39	137202731,70
2014	10	01	2014	10	31	30	\$ 3.266.000,00	\$ 4.573.424,39	137202731,70
2014	11	01	2014	11	31	30	\$ 5.386.000,00	\$ 7.542.089,34	226262680,20
2014	12	01	2014	12	31	30	\$ 3.266.000,00	\$ 4.573.424,39	137202731,70

2015	01	01	2015	01	31	30	\$ 3.416.000,00	\$ 4.614.577,89	138437336,70
2015	02	01	2015	02	31	30	\$ 3.416.000,00	\$ 4.614.577,89	138437336,70
2015	03	01	2015	03	31	30	\$ 3.416.000,00	\$ 4.614.577,89	138437336,70
2015	04	01	2015	04	31	30	\$ 3.416.000,00	\$ 4.614.577,89	138437336,70
2015	05	01	2015	05	31	30	\$ 5.566.000,00	\$ 7.518.952,15	225568564,50
2015	06	01	2015	06	31	30	\$ 3.416.000,00	\$ 4.614.577,89	138437336,70
2015	07	01	2015	07	31	30	\$ 3.416.000,00	\$ 4.614.577,89	138437336,70
2015	08	01	2015	08	31	30	\$ 3.416.000,00	\$ 4.614.577,89	138437336,70
2015	09	01	2015	09	31	30	\$ 3.416.000,00	\$ 4.614.577,89	138437336,70
2015	10	01	2015	10	31	30	\$ 3.416.000,00	\$ 4.614.577,89	138437336,70
2015	11	01	2015	11	31	30	\$ 3.416.000,00	\$ 4.614.577,89	138437336,70
2015	12	01	2015	12	31	30	\$ 3.416.000,00	\$ 4.614.577,89	138437336,70
2016	01	01	2016	01	31	30	\$ 3.672.000,00	\$ 4.645.875,30	139376259,00
2016	02	01	2016	02	31	30	\$ 3.672.000,00	\$ 4.645.875,30	139376259,00
2016	03	01	2016	03	31	30	\$ 3.672.000,00	\$ 4.645.875,30	139376259,00
2016	04	01	2016	04	31	30	\$ 3.672.000,00	\$ 4.645.875,30	139376259,00
2016	05	01	2016	05	31	30	\$ 3.672.000,00	\$ 4.645.875,30	139376259,00
2016	06	01	2016	06	31	30	\$ 3.672.000,00	\$ 4.645.875,30	139376259,00
2016	07	01	2016	07	31	30	\$ 3.672.000,00	\$ 4.645.875,30	139376259,00
2016	08	01	2016	08	31	30	\$ 3.672.000,00	\$ 4.645.875,30	139376259,00
2016	09	01	2016	09	31	30	\$ 3.672.000,00	\$ 4.645.875,30	139376259,00

2016	10	01	2016	10	31	30	\$ 3.672.000,00	\$ 4.645.875,30	139376259,00
2016	11	01	2016	11	31	30	\$ 3.672.000,00	\$ 4.645.875,30	139376259,00
2016	12	01	2016	12	31	30	\$ 3.917.000,00	\$ 4.955.853,36	148675600,80
2017	01	01	2017	01	31	30	\$ 3.920.000,00	\$ 4.689.975,43	140699262,90
2017	02	01	2017	02	31	30	\$ 3.920.000,00	\$ 4.689.975,43	140699262,90
2017	03	01	2017	03	31	30	\$ 3.920.000,00	\$ 4.689.975,43	140699262,90
2017	04	01	2017	04	31	30	\$ 3.920.000,00	\$ 4.689.975,43	140699262,90
2017	05	01	2017	05	31	30	\$ 5.936.000,00	\$ 7.101.962,79	213058883,70
2017	06	01	2017	06	31	30	\$ 3.920.000,00	\$ 4.689.975,43	140699262,90
2017	07	01	2017	07	31	30	\$ 3.920.000,00	\$ 4.689.975,43	140699262,90
2017	08	01	2017	08	31	30	\$ 5.120.000,00	\$ 6.125.682,19	183770465,70
2017	09	01	2017	09	31	30	\$ 5.120.000,00	\$ 6.125.682,19	183770465,70
2017	10	01	2017	10	31	30	\$ 5.120.000,00	\$ 6.125.682,19	183770465,70
2017	11	01	2017	11	31	30	\$ 5.120.000,00	\$ 6.125.682,19	183770465,70
2017	12	01	2017	12	31	30	\$ 5.988.487,00	\$ 7.164.759,40	214942782,00
2018	01	01	2018	01	31	30	\$ 5.321.000,00	\$ 6.116.017,94	183480538,20
2018	02	01	2018	02	31	30	\$ 5.321.000,00	\$ 6.116.017,94	183480538,20
2018	03	01	2018	03	31	30	\$ 5.321.000,00	\$ 6.116.017,94	183480538,20
2018	04	01	2018	04	31	30	\$ 5.321.000,00	\$ 6.116.017,94	183480538,20
2018	05	01	2018	05	31	30	\$ 5.321.000,00	\$ 6.116.017,94	183480538,20
2018	06	01	2018	06	31	30	\$ 5.321.000,00	\$ 6.116.017,94	183480538,20

2018	07	01	2018	07	31	30	\$ 5.321.000,00	\$ 6.116.017,94	183480538,20
2018	08	01	2018	08	31	30	\$ 5.421.000,00	\$ 6.230.959,08	186928772,40
2018	09	01	2018	09	31	30	\$ 5.421.000,00	\$ 6.230.959,08	186928772,40
2018	10	01	2018	10	31	30	\$ 5.421.000,00	\$ 6.230.959,08	186928772,40
2018	11	01	2018	11	31	30	\$ 5.421.000,00	\$ 6.230.959,08	186928772,40
2018	12	01	2018	12	31	30	\$ 5.421.000,00	\$ 6.230.959,08	186928772,40
2019	01	01	2019	01	31	30	\$ 5.573.000,00	\$ 6.208.247,34	186247420,20
2019	02	01	2019	02	31	30	\$ 5.573.000,00	\$ 6.208.247,34	186247420,20
2019	03	01	2019	03	31	30	\$ 5.573.000,00	\$ 6.208.247,34	186247420,20
2019	04	01	2019	04	31	30	\$ 11.431.900,00	\$ 12.734.983,45	382049503,50
2019	05	01	2019	05	31	30	\$ 5.573.000,00	\$ 6.208.247,34	186247420,20
2019	06	01	2019	06	31	30	\$ 5.573.000,00	\$ 6.208.247,34	186247420,20
2019	07	01	2019	07	31	30	\$ 5.573.000,00	\$ 6.208.247,34	186247420,20
2019	08	01	2019	08	31	30	\$ 5.673.000,00	\$ 6.319.646,00	189589380,00
2019	09	01	2019	09	31	30	\$ 5.673.000,00	\$ 6.319.646,00	189589380,00
2019	10	01	2019	10	31	30	\$ 5.673.000,00	\$ 6.319.646,00	189589380,00
2019	11	01	2019	11	31	30	\$ 5.673.000,00	\$ 6.319.646,00	189589380,00
2019	12	01	2019	12	31	30	\$ 5.673.000,00	\$ 6.319.646,00	189589380,00
2020	01	01	2020	01	31	30	\$ 5.844.000,00	\$ 6.271.808,97	188154269,10
2020	02	01	2020	02	31	30	\$ 5.844.000,00	\$ 6.271.808,97	188154269,10
2020	03	01	2020	03	31	30	\$ 5.844.000,00	\$ 6.271.808,97	188154269,10

20 20	04	0 1	20 20	04	3 1	30	\$ 5.844.000,00	\$ 6.271.808,9 7	188154269, 10
20 20	05	0 1	20 20	05	3 1	30	\$ 5.844.000,00	\$ 6.271.808,9 7	188154269, 10
20 20	06	0 1	20 20	06	3 1	30	\$ 5.844.000,00	\$ 6.271.808,9 7	188154269, 10
20 20	07	0 1	20 20	07	3 1	30	\$ 5.844.000,00	\$ 6.271.808,9 7	188154269, 10
20 20	08	0 1	20 20	08	3 1	30	\$ 5.944.000,00	\$ 6.379.129,4 5	191373883, 50
20 20	09	0 1	20 20	09	3 1	30	\$ 5.944.000,00	\$ 6.379.129,4 5	191373883, 50
20 20	10	0 1	20 20	10	3 1	30	\$ 5.944.000,00	\$ 6.379.129,4 5	191373883, 50
20 20	11	0 1	20 20	11	3 1	30	\$ 5.944.000,00	\$ 6.379.129,4 5	191373883, 50
20 20	12	0 1	20 20	12	3 1	30	\$ 5.944.000,00	\$ 6.379.129,4 5	191373883, 50
20 21	01	0 1	20 21	01	3 1	30	\$ 6.033.000,00	\$ 6.372.054,6 0	191161638, 00
20 21	02	0 1	20 21	02	3 1	30	\$ 6.033.000,00	\$ 6.372.054,6 0	191161638, 00
20 21	03	0 1	20 21	03	3 1	30	\$ 6.033.000,00	\$ 6.372.054,6 0	191161638, 00
20 21	04	0 1	20 21	04	3 1	30	\$ 6.033.000,00	\$ 6.372.054,6 0	191161638, 00
20 21	05	0 1	20 21	05	3 1	30	\$ 6.033.000,00	\$ 6.372.054,6 0	191161638, 00
20 21	06	0 1	20 21	06	3 1	30	\$ 6.033.000,00	\$ 6.372.054,6 0	191161638, 00
20 21	07	0 1	20 21	07	3 1	30	\$ 6.033.000,00	\$ 6.372.054,6 0	191161638, 00
20 21	08	0 1	20 21	08	3 1	30	\$ 6.033.000,00	\$ 6.372.054,6 0	191161638, 00
20 21	09	0 1	20 21	09	3 1	30	\$ 6.033.000,00	\$ 6.372.054,6 0	191161638, 00
20 21	10	0 1	20 21	10	3 1	30	\$ 6.033.000,00	\$ 6.372.054,6 0	191161638, 00
20 21	11	0 1	20 21	11	3 1	30	\$ 6.033.000,00	\$ 6.372.054,6 0	191161638, 00
20 21	12	0 1	20 21	12	3 1	30	\$ 6.033.000,00	\$ 6.372.054,6 0	191161638, 00

20 22	01	0 1	20 22	01	3 1	30		\$ 6.288.000,0 0	188640000, 00
20 22	02	0 1	20 22	02	3 1	30	\$ 4.788.000,00	\$ 4.788.000,0 0	143640000, 00
20 22	03	0 1	20 22	03	3 1	30	\$ 4.788.000,00	\$ 4.788.000,0 0	143640000, 00

*	Total Días	3600	(Sumatoria dividido Total de Días) IBL a fecha de cotizaciones	19572087744,00
	# Semanas	514,29	\$5.436.691,04	



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: EDWIN DOMÍNGUEZ CRISPÍN, LINA FERNANDA INFANTE REYES y JULIANA OLAYA LÓPEZ.
DEMANDADO: EMPRESA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y FONDO NACIONAL DEL AHORRO – FNA
LLAMADO EN GARANTÍA: LIBERTY SEGUROS S.A. y ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA S.A.
RADICACIÓN: 110013105-025-2016-00392-01
TEMA: APELACIÓN INTERMEDIACIÓN LABORAL

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Los señores Edwin Domínguez Crispín, Juliana Olaya López y Lina Fernanda Infante Reyes, instauraron demanda ordinaria contra Fondo Nacional del Ahorro y Optimizar Servicios Temporales S.A. – en Liquidación, con el propósito de que se declare que su verdadero empleador lo fue la primera de ellas, teniendo en cuenta que la empresa de servicios temporales fungió como simple intermediario al utilizar su naturaleza para mimetizar la verdadera y real existencia de su empleador y, por tanto, es solidariamente responsable del pago de la totalidad de obligaciones. En consecuencia, solicita que se condene a dicho fondo y solidariamente a Optimizar Servicios Temporales S.A., a cancelar el valor correspondiente a la indemnización moratoria e indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Lo anterior a partir del desistimiento de las pretensiones dirigidas al pago de cesantía y sus intereses, prima de servicios y vacaciones que realizó la parte demandante en audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS (Expediente electrónico, Archivo 05Audiencia); y de las pretensiones principales realizado en escrito del 18 de octubre del 2021 y aceptadas en audiencia del 23 de mayo de 2022 (Expediente electrónico, PDF01ProcesoDigitalizado, pág. 654 a 655 Audiencia y archivo 10).

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

- Edwin Domínguez Crispín, mediante la modalidad de obra o labor contratada, en el cargo de Profesional IV, devengado la suma de \$3.200.000 y desempeñando las funciones de validación documental de solicitudes de crédito

hipotecario, revisión de información financiera, cargue de información de análisis en el sistema de FNA, entre otros.

- Lina Fernanda Infante Reyes, en la modalidad de obra o labor contratada, en el cargo de Técnico 1, devengado la suma de \$2.300.000 y desempeñando labores del giro ordinario del FNA, y en las instalaciones de esta entidad, en la sede Bogotá.
- Juliana Olaya López, bajo la modalidad de obra o labor contratada, en el cargo de Profesional IV, devengado la suma de \$3.200.000 y desempeñando las funciones de revisión integral de documentación financiera entregada con la solicitud crédito constructor, comprobando que la misma sea entregada de forma completa, entre otros.

A su vez, esgrimieron que las funciones desempeñadas corresponden al giro normal de los negocios del Fondo Nacional del Ahorro; los servicios prestados no eran de carácter temporal, los cargos desempeñados por los demandantes existen en la planta de personal de la entidad (Expediente electrónico, PDF 01ProcesoDigitalizado, Pág. 47 a 92).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 01ProcesoDigitalizado, Pág. 134 a 135); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1 Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación Judicial: Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo que los trabajadores fueron contratados mediante la modalidad por duración de obra o labor determinada para personal en misión, en el que la duración estaba atada "el tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratación a juicio de la usuaria"; refiere que los servicios fueron prestados al Fondo Nacional del Ahorro hasta el 30 de septiembre de 2015, fecha en la que finalizó de la obra o labor contratada. Aceptó que adeuda las prestaciones laborales y vacaciones de los trabajadores, aclarando para ello que su pago está sujeto a las reglas del concurso, por expresa disposición del artículo 50.5 de la ley 1116 de 2006, por lo que las mismas serán pagadas dentro del proceso de liquidación judicial presentado el 9 de junio de 2017 ante el juez, en la debida etapa procesal, atendiendo la prelación legal y hasta concurrencia de los activos de la demandada. De igual forma, se opone a la procedencia de la indemnización moratoria, por considerar que la mala fe se debe probar y que en el caso no existe, pues el no pago de prestaciones no es por culpa del empleador, sino por la existencia de un proceso concursal. Propuso como excepciones de mérito las que denominó existencia del procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y la genérica (Expediente electrónico, PDF 01ProcesoDigitalizado, Pág. 157 a 182).

3.2 Fondo Nacional del Ahorro: Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones formuladas en su contra aduciendo que no existe solidaridad frente a las acreencias laborales de la empresa Optimizar S.A., en tanto que cumplió a cabalidad con las obligaciones contractuales que le correspondía en virtud de los contratos comerciales celebrados con la EST. Además, aunque pretenden que se declare que es empleadora directa, sin embargo, ello se desvirtúa con los contratos comerciales núm. 275 del 26 de noviembre de 2014 y el 147 de 1 de julio de 2015 suscritos con la

empresa Optimizar. Formuló como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de las obligaciones reclamadas al Fondo Nacional del Ahorro como empleador de los demandantes, buena fe, compensación e improcedencia doble reconocimiento de las obligaciones y prescripción (Expediente electrónico, PDF 01ProcesoDigitalizado, Pág. 212 a 250).

Por auto del 8 de mayo de 2018 se aceptó el llamamiento en garantía que hizo el Fondo Nacional del Ahorro frente a la aseguradora Liberty Seguros S.A.

3.3. Llamada en garantía Liberty Seguros S.A. Se pone a pretensiones del llamamiento indicando que con la documental obrante en el proceso en FNA, no fungió como empleador directo de los demandantes y ciertamente tampoco le asiste obligación alguna como resultado de una responsabilidad solidaria ya que no se dan los presupuestos del artículo 34 del C.S.T., por lo que la aseguradora no está obligada a cubrir ningún amparo. Afirma que, por información del Ministerio del Trabajo, Optimizar Servicios Temporales S.A., aportó original de pólizas expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza, para el cubrimiento de disposiciones legales a favor de los trabajadores en misión al servicio del tomador y que presentó solicitud para la afectación de la póliza de cumplimiento de obligaciones legales, en atención a la apertura del proceso de liquidación judicial solicitud acogida por dicho Ministerio. Que el Ministerio profirió el acto administrativo No. 1052 del 5 de abril de 2017, por medio del cual da por cancelado el funcionamiento de la Empresa Optimizar Servicios Temporales S.A., teniendo como fundamento la declaratoria del siniestro. El 18 de julio de 2017 el liquidador de la empresa entrega el listado de trabajadores a Confianza S.A., dentro de los cuales se encuentran los demandantes y donde se encuentran con el valor a cancelar por concepto de prestaciones. Presentó como excepciones de mérito las que denominó prioridad en la afectación de las pólizas No. DL006347, DL007987 y DL008460 expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.- Confianza S.A.- aplicación preferente de pago, afectación de las pólizas DL007987 y DL008460 expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A., Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.- Confianzas S.A. recibió por parte de la liquidadora de Optimizar Servicios Temporal el listado de los trabajadores en misión que deben beneficiarse de las pólizas de disposición legal, cobro de lo no debido, límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad solidaria, ausencia de cobertura por agravación del estado de riesgo por parte del asegurado, buen fe, prescripción laboral, extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, compensación y genérica (Expediente electrónico, PDF 01ProcesoDigitalizado, Pág. 277 a 330).

Esta aseguradora llamó en garantía a la sociedad Confianza S.A., el cual fue admitido mediante proveído adiado 20 de junio de 2018 (Expediente electrónico, PDF 01ProcesoDigitalizado, Pág. 277 a 330).

3.4. Llamada en garantía Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Se opone a las pretensiones indicando que la póliza con la cual se le vincula, no cubre los hechos ni las peticiones de la demanda. De igual forma, manifiesta que no le corresponde cubrir obligación alguna a Liberty Seguros porque no fue parte del contrato y carece de legitimación en la causa para afectar la póliza, adicional a ello, expone que expidió una póliza de seguro de cumplimiento, cuyo objeto fue garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión en caso de iliquidez de la empresa Optimizar y que hayan sido vinculados dentro de la vigencia de la póliza. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa de Liberty Seguros para llamar en garantía a Seguros Confianza y pretender la afectación de las pólizas de cumplimiento 24DL006347, 24DL007987 y 24DL008460, en caso de proceder indemnización moratoria ésta quedará limitada a la fecha en que fue admitido

el empleador al proceso de reorganización contemplado en la Ley 1116 de 2006, los demandantes han sido reconocidos dentro del proceso de reorganización y hoy liquidación judicial de la sociedad Optimizar Servicios Temporales, resumen del proceso administrativo ante el Ministerio de Trabajo que ordenó el pago de salarios y prestaciones a favor de los demandantes con cargo a las pólizas 24DL007987 y 24DL008460 expedidas por Confianza S.A. y genérica (Expediente electrónico, PDF 01ProcesoDigitalizado, Pág. 519 a 531).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de mayo de 2023, en la que el fallador declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el Fondo Nacional del Ahorro, como empleador y los demandantes, en esa medida, condenó a la esta entidad y a Optimizar Servicios Temporales S.A., este último como simple intermediario y solidariamente responsable del pago de las siguientes sumas de dinero:

- Edwin Domínguez Crispín, la suma de \$43'519.728, por concepto de indemnización moratoria, que deberá ser debidamente indexada.
- Lina Fernanda Infante Reyes, la suma de \$31'279.728, por concepto de indemnización moratoria que deberá ser debidamente indexada.
- Juliana Olaya López, la suma de \$43'519.728, por concepto de indemnización moratoria que deberá ser debidamente indexada.

Declaró no probada la excepción de prescripción, absolvió a las llamadas en garantía y gravó en costas a la accionada FNA.

Para arribar a tal decisiva, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, estableció que se configuraron los elementos del contrato de trabajo con el FNA, en virtud de las certificaciones laborales allegadas y las declaraciones los testigos, quienes dieron cuenta de la prestación personal del servicio por parte de cada uno de los demandados en diferentes cargos y en las instalaciones de esta entidad, cumpliendo el horario de trabajo impuesto por esta. En virtud de ello, declaró que para el caso de Lina Fernanda Infante Reyes, el contrato de trabajo se ejecutó entre el 1 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, desempeñando el cargo de Técnico 1, respecto a Juliana Olaya López, este se desarrolló entre el 8 de abril al 30 de septiembre de 2015, en lo concerniente a Edwin Domínguez Crispín, se determinó que el vínculo fue desarrollado entre el 13 de febrero al 30 de septiembre de 2015, estos dos últimos que ostentaron el cargo de Profesional IV. Sostuvo que los accionante no podían ser considerados como trabajadores en misión, en la medida que no se acreditaba el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, para acudir a esta forma de contratación, en vista que no se demostró que la contratación obedeciera a labores excepcionales, trabajos temporales, licencias o por incrementos de servicios, por el contrario los servicios contratados eran de forma permanente y continua, por lo que el FNA desbordó esta forma de contratación, siendo entonces Optimizar Servicios Temporales S.A., un simple intermediario conforme el artículo 35 del C.S.T.

Respecto al llamamiento en garantía, sostuvo que, las pólizas 2436541 y 2533998, no contemplan como siniestro la indemnización que persiguen los promotores de la Litis, razón por la que absolvió a Liberty Seguros S.A. De otro lado, estableció que las pólizas 24DL007987 y 24DL008460 fueron afectadas conforme trámite adelantado por el

Ministerio de Trabajo, con las Resoluciones 00386033 de 2016 y 00922, 001230 de 2017, por ello, absolvió a Confianza S.A.

Declaró no probada la excepción de prescripción, teniendo en cuenta para ello que la vinculación de los demandantes terminó el 30 de septiembre de 2015 y se elevó reclamación dentro de los tres años siguientes, esto es el 27 de mayo de 2016. Una vez dilucidado lo anterior, procedió con el estudio de la indemnización moratoria y para ello concluyó que el FNA actuó de mala fe al ocultar la verdadera relación laboral, por lo que impartió condena en contra de esta entidad y solidariamente Optimizar Servicios Temporales S.A. Para su tasación, estableció que si bien, el pago de las prestaciones sociales y la compensación de las vacaciones se había realizado de manera tardía, se desconocía la fecha exacta en la que este pago se fue efectuado, por tal razón la moratoria debía contabilizarse desde la fecha de terminación del contrato, esto es el 30 de septiembre de 2015 y hasta la fecha del auto de apertura del proceso de liquidación judicial de Optimizar Servicios Temporales S.A., proferido por la Superintendencia de Sociedades, que data del 17 de noviembre de 2016. Para la cuantificación de esta condena, tuvo en cuenta lo siguiente:

Para la situación particular de Lina Fernanda Infante Reyes, se estableció que su salario fue de \$2.300.000, por 408 días de mora, se fijó por este concepto la suma de \$31.279.728.

En cuanto a Juliana Olaya López y Edwin Domínguez Crispín, se determinó que sus salarios ascendieron a la suma de \$3.200.000 y teniendo que se presentó una mora de 408 días, por este concepto se debía reconocer la suma de \$43.519.728, a favor de cada una de ellas.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fueron propuestos recursos de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1. Demandante. Interpuso recurso de apelación argumentando, que se limitó la liquidación de la indemnización moratoria hasta el 17 de noviembre de 2016, es decir hasta la apertura del proceso de liquidación judicial de Optimizar Servicios Temporales S.A., sin embargo, esta sanción debió extenderse hasta la fecha en que se produjo el pago efectivo de las prestaciones sociales por parte de la aseguradora Confianza S.A. De otro lado, sostiene que conforme lo dispuesto en el artículo 28 del CST, el trabajador puede participar de las utilidades del empleador pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas, por lo tanto, cuando se presente la liquidación judicial de la empresa por la deficiente administración de sus negocios, este hecho no es excusa para justificar la mora en el pago de prestaciones sociales, por lo que no se puede limitar el pago de la liquidación de la indemnización moratoria hasta la fecha de apertura del proceso concursal. De otro lado, argumenta que la liquidación judicial de que fue objeto Optimizar Servicios Temporales S.A. es un hecho ajeno al FNA y por lo tanto le correspondía a esta entidad demostrar que actuó de buena fe, lo que no se acreditó.

5.2. Fondo Nacional del Ahorro. Solicita que se revoque el fallo emitido y para ello, solicita que se verifique si se configuran los elementos esenciales del contrato de trabajo dispuestos en el artículo 23 del CST, teniendo en cuenta que nunca suscribieron los contratos de obra o labor con el FNA sino con Optimizar Servicios Temporales S.A., dado que fue ella quien contrató a las demandantes, por lo tanto, se configura la inexistencia de una relación laboral con el FNA, pues esta entidad fungió como empresa usuaria bajo los parámetros establecidos 76 y 77 de la Ley 50 de 1990,

teniendo en cuenta que a ninguno de los accionantes se les vulneró la temporalidad de los 6 meses prorrogables por otros 6 meses, como quedó probado en el plenario.

Por otro lado, señala que para el año 2022 se expidió el Decreto 154 que modifica la estructura del FNA, y determina las funciones de cada dependencia teniendo en cuenta que en los últimos 20 años se han incorporado nuevos productos, generado un crecimiento de afiliados vinculados, lo que justifica una modificación que permite que se ajusten a las nuevas necesidades de la organización y le permite ser más robusta y flexible, ello para demostrar también la buena fe que ha caracterizado a la entidad y prueba de ello es la suscripción de los diferentes contratos comerciales con la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A., los que tenían por objeto el suministro de personal en misión para atender las necesidades del fondo.

6. Alegatos de conclusión. El demandante alegó en su favor que en el plenario quedó demostrado el actuar malicioso y torticero de las demandadas al querer ocultar la calidad de verdadero empleador, por lo que resulta procedente la imposición de la sanción moratoria. Por su parte, Liberty Seguros S.A., arguye que sea la resolución que tenga la alzada, de ninguna forma podrá afectar o modificar lo resuelto en relación con la llamada en garantía, en tanto la decisión frente a esta sociedad goza de plena firmeza.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

1. Problema jurídico. Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos:** (i) ¿El A quo erró al colegir la existencia de una relación laboral entre el actor y el Fondo Nacional del Ahorro, fungiendo la empresa de servicio temporal como simple intermediaria? o si por el contrario, (ii) ¿Se cumplieron los presupuestos establecidos para la contratación de trabajadores en misión?; (iii) ¿Resulta procedente la imposición de la sanción moratoria? y en caso afirmativo, (iv) ¿Erró el A quo al determinar como fecha final para liquidar la indemnización moratoria, el 17 de noviembre de 2016, data en que se profirió el auto de apertura del proceso de liquidación de Optimizar Servicios Temporales S.A.; o si como lo pretende el impugnante (v) ¿Esta debe ser hasta la fecha en que se probó el pago de las prestaciones sociales y las vacaciones a los actores?

2. Relación laboral con el Fondo Nacional del Ahorro. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar en cuanto a la vinculación que aduce el Fondo Nacional del Ahorro, sostuvo como entidad usuaria con los demandantes, quienes a su vez señalan haber prestado sus servicios como trabajadores en misión enviados por Optimizar Servicios Temporales S.A., que el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que las empresas de servicios temporales (EST) *"son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador"*.

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

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

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

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

Conforme a lo dicho y de cara a los supuestos fácticos probados en el caso analizado, no se puede admitir el argumento aducido por el apoderado del Fondo demandado al impugnar la decisión del a quo, dirigido a enervar la verdadera relación laboral que laató con los aquí demandantes, según el cual las vinculaciones lo fueron como trabajadores en misión enviados por la empresas de servicios temporales, ello en atención a que los promotores del litigio en el interregno que estuvieron vinculados como trabajadores en misión, ejecutaron actividades en favor del Fondo Nacional del Ahorro que no corresponden a labores temporales determinadas por circunstancias específicas previstas legalmente, compartiendo esta sala las intelecciones a las que llegó el sentenciador de primer grado frente a este aspecto pues al revisar los contratos celebrados con la temporal aportados al plenario y el contrato de prestación de servicios suscrito entre el Fondo y la temporal demandada en ninguno de ellos se establece claramente que el objeto de los contratos sea la prestación del servicio de forma ocasional, accidental o transitoria, pues al contrario, solo se dijo, como se lee en el contrato de prestación de servicios celebrado entre las codemandadas, " Prestación del servicio de una Empresa de Servicios Temporales, que suministre personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro", sin que con ello se determine la temporalidad de la labor sino más bien, el carácter permanente con que requiere el Fondo cargos para poder lograr cubrir el crecimiento y expansión de la entidad. Tampoco se evidencia que hayan sido contratados para reemplazar personal en vacaciones en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad o para atender incrementos en la producción o en la prestación de servicio.

De esta manera, resulta palmario que al no haberse acreditado alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 6 del Decreto 4639 de 2006 para contratar a los aquí demandantes como trabajadores en misión de la entidad usuaria, es claro

que el Fondo Nacional del Ahorro se considerará su empleador en los términos del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo.

Dichas consideraciones son más que suficientes para que se mantenga en firme la sentencia de primer grado en lo que hace referencia al punto impugnado por el apoderado del Fondo Nacional del Ahorro, esto es declararlo como verdadero empleador de los demandantes, pues si bien, se acreditó que Edwin Domínguez Crispín, Juliana Olaya López y Lina Fernanda Infante Reyes, suscribieron contratos por obra o labor con Optimizar Servicios Temporales S.A., el 13 de febrero de 2015, 8 de abril de 2015 y 1º de diciembre de 2014, respectivamente, lo cuales finalizaron el 30 de septiembre de 2015, conforme se acredita con la documental allegada al plenario, como lo son los contratos de trabajo, certificaciones laborales, liquidación final del contrato de trabajo y comprobante de nómina (Expediente electrónico, archivos PDF 01ProcesosDigitalizado, pág. 10 a 15, 17, 27 a 30, 34 y 183 a 197), lo cierto es que, no se arrimó ningún medio de persuasión tendiente a demostrar que el laborío de las actoras con la empresa de servicio temporal tuviera como propósito cumplir con una de las necesidades contempladas en el numeral 3 de la disposición arriba citada, específicamente, para atender incrementos en la producción, en la medida que tampoco se probó cuál fue el acrecentamiento o incremento de sus actividades.

De otro lado, respecto a que la prestación de los servicios a través de la empresa de servicios temporales no excedió el límite temporal, aquel razonamiento en nada justifica el quebrantamiento de la disposición legal que gobierna la contratación a través de trabajadores en misión, no solo por las razones antedichas, sino porque como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia SL3520-2018:

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

3. Fecha final de la liquidación de la sanción moratoria. En virtud a que se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor del Fondo Nacional del Ahorro, en virtud del desistimiento que realizaron los demandantes respecto de las pretensiones relativas al pago de cesantía, intereses a las mismas, primas de servicios y vacaciones, la Sala entrará a estudiar la procedencia de la indemnización moratoria pretendida, en tanto que aducen los trabajadoras que hay lugar a su pago dado al tiempo que demoró la empresa de servicios temporales en el pago de las citadas acreencias laborales.

Pues bien, por tratarse de un trabajador oficial, la norma a gobernar el asunto es el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 y no la norma sustantiva laboral, como erróneamente lo señaló al juzgador de primer grado. Así las cosas, debe recordarse que la mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que

el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

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

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

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

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

En consecuencia, no hay lugar a fulminar condena por este concepto, por lo que deberá disponer la revocatoria de la sentencia consultada y por ello, se deberá absolver al Fondo Nacional del Ahorro de esta pretensión.

4. Costas. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se revocarán dado que no se imparte condena alguna en contra del FNA.

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

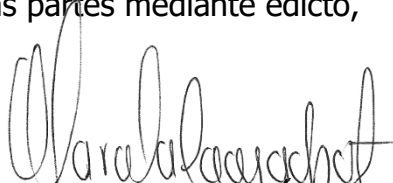
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 5 de mayo de 2023, por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motivada de esta sentencia, para en su lugar, **ABSOLVER** al Fondo Nacional del Ahorro de la pretensión de indemnización moratoria, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

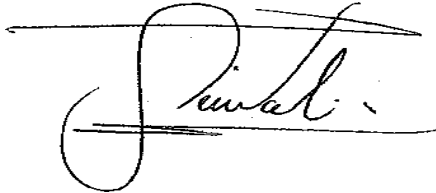
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JOSÉ ANDRÉS CLAROS GARZÓN
Demandada: BRINKS DE COLOMBIA S.A.
Radicación: 110013105-032-2021-00566-01
Tema: RELIQUIDACIÓN PRESTACIONES SOCIALES – MODIFICA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. José Andrés Claros Garzón, instauró demanda ordinaria contra Brinks de Colombia S.A., con el propósito que se declare que mantiene contrato de trabajo vigente con la enjuiciada desde el 24 de julio de 2009; que desde el mes de mayo de 2020 y hasta la fecha la enjuiciada se ha sustraído ilegalmente del pago del auxilio de transporte; como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene el pago de este auxilio desde dicha data, por todos los periodos en los que se demuestre esta omisión; condenar a realizar el ajuste a las cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios desde mayo de 2020 y hasta la fecha de pago, así como la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indexación de las sumas objeto de condena. A su vez, solicita que se condene a la demandada a cumplir en el futuro las obligaciones derivadas del reconocimiento y pago del auxilio de transporte y se condene al pago de costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que mantiene contrato de trabajo a término indefinido con la demandada desde el 24 de julio de 2009, desempeñando el cargo de escolta, devengando un salario mensual básico para el año 2020 de \$ 1.309.680. y para el año 2021 de \$ 1.334.310, es decir, menor a dos salarios mínimos mensuales vigentes, razón por la cual tiene derecho al auxilio de transporte, dado que, para llegar a su lugar de residencia es necesario el uso de transporte público y el empleador no se lo proporciona; refiere que su empleador se ha sustraído del pago de dicho auxilio, razón por la que el 30 de junio de 2020 radicó derecho de petición ante la enjuiciada solicitando el reconocimiento y pago del auxilio de transporte, pedimento que fue negado por su empleador el 27 de julio de 2020; que la negativa para su reconocimiento estuvo fundamentado en que para algunos meses el salario devengado superó los dos salarios mínimos mensuales legales vigentes. Adicional a ello, sostiene que se ha liquidado y pagado de forma deficitaria las cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías del año 2020 y en adelante; finalmente, indica que la enjuiciada ha actuado de mala fe, defraudando sus derechos laborales (Expediente

2. Contestaciones. Al contestar la demanda la sociedad Brinks de Colombia S.A., aceptó la existencia de la relación laboral entre las partes y se opuso a la prosperidad de las demás pretensiones, en la medida que para el pago del auxilio de transporte legal no solo se toma en cuenta el salario básico del trabajador, sino todo lo que devengue en el mes y que sumado no supere los dos salaros mínimos legales mensuales vigentes, por lo que el trabajador al superar este valor perdió el derecho a recibir este auxilio desde el mes de mayo de 2020. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación demandada por devengos superiores del demandante, cobro de lo no debido, buena fe y lealtad, la genérica del artículo 286 del CGP (Expediente electrónico, PDF 04ContestacionDemanda).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de mayo de 2023 en la que el fallador condenó a la demandada al pago de \$1.597.989.00 por concepto de subsidio de transporte no cancelado entre los meses de junio de 2020 y diciembre de 2022, la reliquidación de las primas de servicios causadas para este mismo interregno (Expediente electrónico, PDF 18ActaAudienciaJuzgamiento20230526).

Para arribar a la decisión, indicó que no se encontraba en discusión la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el día 24 de julio de 2019 y hasta la fecha. De otro lado, encontró acreditado con los desprendibles de nómina que el salario del actor para el año 2020 fue de \$1.309.680, para 2021 correspondió a \$1.334.310, para el año 2022 \$1.393.550 y para 2023 ascendió a \$1.544.620, por lo que en principio el salario básico del actor correspondía a menos de 2 salarios mínimos legales mensuales. También anunció que se encontraba probado en juicio que, en los meses de junio a diciembre de 2020, enero, marzo, abril, junio, noviembre y diciembre de 2021, junio a agosto, octubre y diciembre de 2022 no había sido pagado el auxilio de transporte.

A su vez, expuso el sentenciador que, la demandada para establecer la procedencia del pago del auxilio de transporte tuvo en cuenta lo devengado para el mes de agosto, el auxilio de estudio universitario, para octubre el bono de productividad y para diciembre de 2020, diferentes conceptos, para enero intereses a las cesantías y otros conceptos, en marzo el bono productividad, en abril las vacaciones y para junio y diciembre 2021 la prima de prima de servicios. Respecto al año 2022, para los meses de junio, julio fueron tenidas en cuenta las vacaciones, en octubre varios conceptos y en diciembre, la prima de servicios y otros conceptos. A pesar de lo anterior, consideró que el artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo, los auxilios, las bonificaciones y demás beneficios no constituyen factor salarial para ningún efecto. De igual forma, argumento que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 15 de 1959, para determinar la procedencia o no de este auxilio, no resulta válido tener en cuenta la totalidad de los pagos realizados al trabajador, pues este depende del monto de lo que el trabajador recibe por concepto de salario básico y no se deben tener en cuenta otro tipo de pagos, máxime cuando lo que se tiene en cuenta son pagos extralegales pactados convencionalmente que no constituyen salario. De igual forma, refiere que tampoco es válido para determinar la procedencia del auxilio, que se tengan en cuenta los pagos que corresponden a las prestaciones sociales.

Por lo anterior, condenó al pago del auxilio para los meses de junio, julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2020, enero, marzo, abril, junio, noviembre, diciembre de 2021, junio, julio, agosto, octubre, diciembre de 2022 y enero a abril de 2023 por valor de \$1.597.987. indicó que no había lugar a la reliquidación de cesantías ni a sus intereses, en la medida que no se había encontrado un pago deficitario, por lo

que también se tornaba improcedente la indemnización del artículo 99 de Ley 50 de 1990. En cuanto la prima de servicios, sostuvo que se encontraba para el segundo semestre del año 2020 una diferencia de \$30.569, para el primer semestre de 2021, \$4.316, para el segundo semestre de esta anualidad \$15.081, para el año 2022, primer semestre \$8.137, para el segundo de \$19.224.

4. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

4.1. Demandante. Inconforme con la decisión este extremo procesal formuló recurso de apelación parcial esgrimiendo que, no debe ser absuelta la demandada frente al pago de la reliquidación de las cesantías, en vista que, al efectuarse la liquidación de las cesantías, incluyendo el auxilio de transporte, si se genera una diferencia a su favor. Como consecuencia de lo anterior, al existir un pago deficitario procede la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. De otro lado, sostuvo que el juzgado no efectuó pronunciamiento respecto a la solicitud de ordenar a la empresa que en el futuro cumpla con las obligaciones derivadas del reconocimiento y pago del auxilio de transporte.

4.2. Brinks de Colombia S.A. Interpuso recurso de apelación argumentando que, para el otorgamiento del auxilio de transporte, el Decreto 1258 de 1959 no habla de salarios básicos como se refirió en la sentencia y como se pretende en la demanda, sino que tomó como definición el devengo de los trabajadores, sin hacer alusión a su naturaleza, sino a los ingresos que este tiene. Expone también que, durante la vigencia del contrato de trabajo, el empleador ha realizado la validación mes por mes y en donde se ha detectado que la naturaleza de los devengos es superior a los 2 salarios mínimos el auxilio de transporte no es reconocido. De otro lado, sostiene que las primas de servicios se encuentran bien liquidadas, pues para ello, se tuvo en cuenta los elementos constitutivos de salario y el auxilio de transporte para los periodos en los que se causaron, razón por la que no se refleja un mayor valor.

5. Alegatos de conclusión. La parte demandante alego a su favor que le asiste derecho al pago del auxilio de transporte según lo dispuesto en la Ley 15 de 1959, en ese mismo sentido procede la indemnización moratoria, por lo que solicita que se confirme la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66 A del CPT y SS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Causó el demandante el derecho al reconocimiento del auxilio de transporte desde el mes de mayo de 2020?; (ii) en caso positivo, ¿Resulta procedente la reliquidación de las cesantías, junto con sus intereses y la prima de servicios?; (iii) ¿Hay lugar a la imposición de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990?

3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las

reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, modalidad contractual, salario y extremos temporales.

4. Auxilio de transporte. En este orden, es necesario indicar que la Ley 15 de 1959 y su Decreto reglamentario 1258 de la misma anualidad, consagraron la obligación del empleador de pagar una suma mensual por concepto de auxilio de transporte a su trabajador, siempre que devengue hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, no resida en el mismo lugar de trabajo o que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que este no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador.

En tal sentido, como en el presente juicio el promotor de la contienda afirma en su libelo genitor que el dador del laborío se sustrajo de su pago, le corresponde a Brinks de Colombia S.A. probar que sí lo pagó o que aquel no tenía derecho a su reconocimiento, dado que al tratarse de una negación indefinida no requiere demostración, conforme lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, en virtud de lo anterior y al trasladarse la carga de la prueba, es a esta sociedad a quien le corresponde desvirtuar su presunto incumplimiento.

Para efectos de lo anterior, ha sostenido la encartada que el actor desde el mes de mayo de 2020 perdió su derecho a este auxilio, en la medida que, sumado su salario básico, más otros factores sean o no salariales se ha superado el monto de dos salarios mínimos mensuales.

Con la finalidad de dilucidar lo anterior, como primera medida se debe tener en cuenta que, no tiene acogida la tesis planteada por el extremo pasivo, en la medida que los postulados normativos que regulan el asunto objeto de estudio, si bien reseñan que para tener derecho a este concepto, los devengos percibidos por el trabajador no deben ser superiores a los 2 SMLMV, resultando evidente que no cualquier concepto percibido descarta per se, el acceso a este auxilio, sino únicamente a los que realmente retribuyen la actividades ejercida por el actor, es decir, aquellos elementos constitutivos de salario en los términos del artículo 127 del C.S.T., es por ello, que se deben descartar los auxilios extralegales reconocidos al señor Claros, en la medida que dentro del presente juicio no se discute su incidencia salarial, aunado lo anterior, conforme lo estipulado convencionalmente entre Brinks de Colombia S.A. y SINTRABRINKS, artículo 17 de Convención Colectiva de 2016 – 2018, se pactó respecto a la naturaleza jurídica de los auxilios allí acordados, lo siguiente “*Disponen expresamente las partes que los auxilios, bonificaciones, y/o primas y demás beneficios pactados en esta Convención Colectiva de Trabajo no constituyen salario ni factor del mismo para ningún efecto*”; tampoco se puede perder de vista que, tanto los artículos 128 y 307 del CST expresamente contemplan que las vacaciones, primas de servicios no se computan como factor salarial.

En este orden de ideas y al ser ello así, para establecer si los devengos del actor superan o no los dos salarios mínimos se deben descartar los auxilios de alimentación, primas legales y extralegales, auxilio de transporte extralegal, prima de antigüedad, auxilio de estudio universitario, auxilio almuerzo perímetro urbano, auxilio desplazamiento y auxilio taxi.

Ahora bien, se hace hincapié que, no ha sido objeto de disquisición por ninguna de las partes la conclusión a la que arribó el juzgador de instancia, en lo que a la asignación salarial básica se refiere para los años 2020 a 2023, y que ascienden a la suma de \$1.309.680, \$1.334.310, \$1.393.550 y \$1.544.620, respectivamente. Tampoco fue

objeto de contradicción que, para los meses de junio a diciembre de 2020, enero, marzo, abril, junio, noviembre y diciembre de 2021, junio a agosto, octubre y diciembre de 2022, el auxilio de transporte no le fue reconocido al actor, hecho que también se encuentra acreditado con los desprendibles de nómina allegados al informático (Expediente electrónico, PDF 04ContestacionDemanda, pág. 89, 90, 93 a 96, 99, 100, 109 a 112; 16RespuestaRequerimientoAudienciaArt77, pág. 5 a 16, 19 y 20).

Conforme los anteriores lineamientos, procederá esta sala de decisión a verificar si para estas anualidades el actor causó o no el derecho al reconocimiento y pago del auxilio de transporte, teniendo en cuenta para ello lo siguiente:

Mensualidad	Total	Salario mínimo	2 slmlmv
jun-20	\$ 1.318.580,00	\$ 877.803,00	\$ 1.755.606,00
jul-20	\$ 1.331.249,00	\$ 877.803,00	\$ 1.755.606,00
ago-20	\$ 1.309.495,00	\$ 877.803,00	\$ 1.755.606,00
sep-20	\$ 1.548.861,00	\$ 877.803,00	\$ 1.755.606,00
oct-20	\$ 1.549.151,00	\$ 877.803,00	\$ 1.755.606,00
nov-20	\$ 1.588.765,00	\$ 877.803,00	\$ 1.755.606,00
dic-20	\$ 1.622.769,00	\$ 877.803,00	\$ 1.755.606,00
ene-21	\$ 1.643.621,00	\$ 908.526,00	\$ 1.817.052,00
mar-21	\$ 1.471.671,00	\$ 908.526,00	\$ 1.817.052,00
abr-21	\$ 1.370.975,00	\$ 908.526,00	\$ 1.817.052,00
jun-21	\$ 1.357.373,00	\$ 908.526,00	\$ 1.817.052,00
nov-21	\$ 1.495.223,00	\$ 908.526,00	\$ 1.817.052,00
dic-21	\$ 1.629.143,00	\$ 908.526,00	\$ 1.817.052,00
jun-22	\$ 1.539.392,00	\$ 1.000.000,00	\$ 2.000.000,00
jul-22	\$ 1.546.746,00	\$ 1.000.000,00	\$ 2.000.000,00
ago-22	\$ 605.031,20	\$ 1.000.000,00	\$ 2.000.000,00
oct-22	\$ 1.772.120,00	\$ 1.000.000,00	\$ 2.000.000,00
dic-22	\$ 1.684.847,00	\$ 1.000.000,00	\$ 2.000.000,00

De lo ilustrado con anterioridad, se evidencia con total claridad que el convocante a juicio para estos interregnos devengó menos de 2 salarios mínimos legales, lo que demuestra que las consideraciones plasmadas por el juzgador de instancia resultan acertadas, por ende, hay lugar a que se reconozca el auxilio deprecado, en las cuantías y mensualidades señaladas por él, en la medida que estos ítems no fueron objeto de censura.

5. Reliquidación auxilio de cesantías. Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST).

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías y para el caso objeto de estudio, se ha demostrado la causación de este derecho para los interregnos, junio a diciembre de 2020, enero, marzo, abril, junio, noviembre y diciembre de 2021, junio a agosto, octubre y diciembre de 2022.

Conforme los desprendibles de nómina allegados al informativo y a los que se ha venido haciendo referencia, se tiene que para el año 2020 existió variación en el salario devengado para los meses octubre, noviembre y diciembre, correspondiendo como base para la liquidación del auxilio de cesantías el promedio de lo devengado desde enero a diciembre de esta anualidad, conforme lo prevé el artículo 253 del C.S.T., esto es, \$1.365.813,33, conforme la siguiente liquidación.

Mes	Devengado															Total
ene-20	\$ 654.840,00	\$ 52.113,00	\$ 50.231,00	\$ 7.277,00	\$ 654.840,00	\$ 25.650,00	\$ 6.876,00	\$ 2.388,00								\$ 1.454.215,00
feb-20	\$ 567.528,00	\$ 25.513,00	\$ 42.495,00	\$ 2.387,00	\$ 87.312,00	\$ 611.184,00	\$ 17.940,00	\$ 887,00	\$ 1.023,00	\$ 887,00	\$ 1.160,00	\$ 2.865,00	\$ 43.656,00	\$ 802,00		\$ 1.405.639,00
mar-20	\$ 654.840,00	\$ 6.003,00	\$ 802,00	\$ 523.872,00	\$ 2.525,00	\$ 25.115,00	\$ 1.432,00	\$ 93.710,00	\$ 31.237,00							\$ 1.339.536,00
abr-20	\$ 523.872,00	\$ 93.710,00	\$ 51.228,00	\$ 4.144,00	\$ 43.656,00	\$ 654.840,00	\$ 16.166,00	\$ 325,00								\$ 1.387.941,00
may-20	\$ 523.872,00	\$ 1.228,00	\$ 7.027,00	\$ 1.432,00												\$ 533.559,00
jun-20	\$ 654.840,00	\$ 654.840,00	\$ 4.980,00	\$ 459,00	\$ 2.183,00	\$ 819,00	\$ 153,00	\$ 153,00	\$ 153,00							\$ 1.318.580,00
jul-20	\$ 654.840,00	\$ 1.160,00	\$ 1.023,00	\$ 2.387,00	\$ 16.999,00	\$ 654.840,00										\$ 1.331.249,00
ago-20	\$ 523.872,00	\$ 88.750,00	\$ 205,00	\$ 682,00	\$ 9.959,00	\$ 802,00	\$ 802,00	\$ 29.583,00	\$ 654.840,00							\$ 1.309.495,00
sep-20	\$ 667.150,00	\$ 69.509,00	\$ 6.360,00	\$ 667.150,00	\$ 136.627,00	\$ 2.065,00										\$ 1.548.861,00
oct-20	\$ 667.150,00	\$ 139.269,00	\$ 819,00	\$ 444.767,00	\$ 38.222,00	\$ 780,00	\$ 206.515,00	\$ 51.629,00								\$ 1.549.151,00
nov-20	\$ 578.197,00	\$ 116.056,00	\$ 936,00	\$ 88.953,00	\$ 667.150,00	\$ 132.041,00	\$ 5.432,00									\$ 1.588.765,00
dic-20	\$ 533.720,00	\$ 121.059,00	\$ 4.788,00	\$ 133.430,00	\$ 667.150,00	\$ 130.789,00	\$ 25.004,00	\$ 6.829,00								\$ 1.622.769,00
															Promedio	\$ 1.365.813,33

Siguiendo estos mismos derroteros, tenemos que para el año 2021, corresponde como base para la liquidación del auxilio de cesantías el promedio de lo devengado desde enero a diciembre de esta anualidad, conforme lo prevé el artículo 253 del C.S.T., esto es, \$1.425.216,75, de acuerdo con los siguientes cálculos:

Mes	Devengado															Total
ene-21	\$ 622.673,00	\$ 142.255,00	\$ 72.191,00	\$ 5.818,00	\$ 44.477,00	\$ 622.673,00	\$ 84.504,00	\$ 4.553,00	\$ 44.477,00							\$ 1.643.621,00
feb-21	\$ 578.197,00	\$ 64.492,00	\$ 5.194,00	\$ 88.954,00	\$ 622.673,00	\$ 46.490,00	\$ 4.553,00	\$ 44.477,00								\$ 1.455.030,00
mar-21	\$ 667.150,00	\$ 52.886,00	\$ 1.267,00	\$ 667.150,00	\$ 81.308,00	\$ 1.910,00										\$ 1.471.671,00
abr-21	\$ 622.673,00	\$ 73.455,00	\$ 41.058,00	\$ 1.248,00	\$ 355.813,00	\$ 126.967,00	\$ 77.834,00	\$ 68.383,00	\$ 3.544,00							\$ 1.370.975,00
may-21	\$ 10.771,00	\$ 18.194,00	\$ 214,00	\$ 108.754,00	\$ 54.377,00	\$ 489.243,00	\$ 16.887,00	\$ 3.405,00	\$ 88.954,00							\$ 790.799,00
jun-21	\$ 667.150,00	\$ 8.339,00	\$ 9.048,00	\$ 533.720,00	\$ 4.031,00	\$ 1.654,00	\$ 133.431,00									\$ 1.357.373,00
jul-21	\$ 489.243,00	\$ 8.685,00	\$ 32.301,00	\$ 58,00	\$ 177.908,00	\$ 667.150,00	\$ 64.907,00	\$ 7.783,00	\$ 3.754,00							\$ 1.451.789,00
ago-21	\$ 533.720,00	\$ 38.014,00	\$ 133.431,00	\$ 622.673,00	\$ 55.108,00	\$ 10.897,00	\$ 44.477,00									\$ 1.438.320,00
sep-21	\$ 603.872,00	\$ 29.465,00	\$ 4.184,00	\$ 3.736,00	\$ 92.903,00	\$ 650.323,00	\$ 22.210,00	\$ 33.837,00	\$ 4.270,00	\$ 46.452,00						\$ 1.491.252,00
oct-21	\$ 650.323,00	\$ 22.718,00	\$ 28.249,00	\$ 2.562,00	\$ 46.452,00	\$ 603.872,00	\$ 90.853,00	\$ 50.081,00	\$ 12.295,00							\$ 1.507.405,00
nov-21	\$ 557.420,00	\$ 31.718,00	\$ 21.135,00	\$ 102,00	\$ 139.356,00	\$ 510.968,00	\$ 98.844,00	\$ 6.896,00	\$ 49.384,00	\$ 32.948,00	\$ 46.452,00					\$ 1.495.223,00
dic-21	\$ 696.775,00	\$ 42.171,00	\$ 29.468,00	\$ 508,00	\$ 603.872,00	\$ 59.008,00	\$ 104.355,00	\$ 82,00	\$ 46.452,00	\$ 46.452,00						\$ 1.629.143,00
															Promedio	\$ 1.425.216,75

En lo que al año 2022 se refiere, la base para la liquidación del auxilio de cesantías es promedio de lo devengado desde enero a diciembre de esta anualidad, conforme lo ordena el artículo 253 del C.S.T., el cual corresponde a \$1.490.08,54, de acuerdo con los siguientes cálculos:

Mes	Devengado															Total
ene-22	\$ 557.420,00	\$ 100.642,00	\$ 9.146,00	\$ 53.347,00	\$ 41,00	\$ 33.547,00	\$ 510.968,00	\$ 30.266,00	\$ 3.416,00	\$ 185.806,00						\$ 1.484.599,00
feb-22	\$ 743.226,00	\$ 267.220,00	\$ 30.412,00	\$ 66.252,00	\$ 2.216,00	\$ 72.406,00	36.203	\$ 46.452,00	\$ 278.711,00							\$ 1.543.098,00
mar-22	\$ 1.393.550,00	\$ 75.411,00	\$ 31.500,00	\$ 6.832,00												\$ 1.507.293,00
abr-22	\$ 1.207.743,00	\$ 75.122,00	\$ 80.376,00	\$ 5.794,00	\$ 185.808,00											\$ 1.554.843,00
may-22	\$ 510.968,00	\$ 23.590,00	\$ 49.689,00	\$ 1.362,00	\$ 185.807,00	\$ 650.323,00	\$ 58.862,00	\$ 50.299,00	\$ 2.216,00	\$ 46.452,00						\$ 1.579.568,00
jun-22	\$ 650.323,00	\$ 21.122,00	\$ 31.906,00	\$ 2.378,00	\$ 23.226,00	\$ 510.968,00	\$ 105.305,00	\$ 29.541,00	\$ 70.011,00	\$ 1.708,00	\$ 92.904,00					\$ 1.539.392,00
jul-22	\$ 696.775,00	\$ 35.203,00	\$ 62.187,00	\$ 5.406,00	\$ 650.323,00	\$ 38.468,00	\$ 32.110,00	\$ 3.048,00	\$ 23.226,00							\$ 1.546.746,00
ago-22	\$ 232.258,00	\$ 5.081,00	\$ 19.002,00	\$ 348.690,20												\$ 605.031,20
sep-22	\$ 325.162,00	\$ 1.089,00	\$ 406.805,23	\$ 696.775,00	\$ 20.976,00	\$ 22.659,00										\$ 1.473.466,23
oct-22	\$ 772.310,00	\$ 37.732,00	\$ 338,00	\$ 3.761,00	\$ 115.820,00	\$ 2.493,00	\$ 2.703,00	\$ 772.310,00	\$ 13.678,00	\$ 47.191,00	\$ 3.784,00					\$ 1.772.120,00
nov-22	\$ 772.310,00	\$ 18.664,00	\$ 225,00	\$ 541,00	\$ 617.848,00	\$ 151.992,00	\$ 21.400,00	\$ 5.857,00	\$ 1.126,00							\$ 1.589.963,00
dic-22	\$ 772.310,00	\$ 33.629,00	\$ 50.007,00	\$ 1.734,00	\$ 772.310,00	\$ 29.043,00	\$ 22.976,00	\$ 2.838,00								\$ 1.684.847,00
															Promedio	\$ 1.490.080,54

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que por concepto de auxilio de cesantías para el año 2020 a 2022, se debieron reconocer las siguientes cantidades de dinero:

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Total (salario + auxilio de transporte)	Días Liquidados	Valor cesantías
2020	\$ 1.365.813,33	\$ 102.854	\$ 1.468.667,33	360	\$ 1.468.667
2021	\$ 1.425.216,75	\$ 106.454	\$ 1.531.670,75	360	\$ 1.531.671

2022	\$ 1.490.080,54	\$ 117.172	\$ 1.607.252,54	360	\$ 1.607.253

Definido lo anterior, encuentra esta colegiatura que, Brinks de Colombia S.A. reconoció y pagó a favor del actor por el concepto objeto de estudio, la suma de \$1.566.537 por el año 2020, \$1.671.708 para el 2021 y \$1.777.823 para 2022, conforme se avizora de informe de cesantías pagadas por afiliado obrante en el informativo (Expediente electrónico, PDF 04ContestacionDemanda, pág. 139 y 140, 16RespuestaRequerimientoAudienciaArt77, pág. 31), resultando evidente que, tal y como lo advirtió el juzgador de instancia, no existe ningún mayor valor a favor del actor, por tal razón se deberá confirmar la sentencia apelada, en lo que a este punto se refiere, ahora, por sustracción de materia no se efectuará ningún pronunciamiento frente a la pretendida sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se itera, no se generó ningún saldo a favor por este concepto a favor del convocante de la litis.

6. Liquidación de prima de servicios. El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios.

Definido lo anterior, se deberá hallar el salario base para cada semestre de los años comprendidos entre el año 2020 a 2022, de la siguiente manera:

Para el primer semestre de 2020 corresponde a \$1.239.911,67, conforme la siguiente liquidación:

Mes	Devengado														Total
ene-20	\$ 654.840,00	\$ 52.113,00	\$ 50.231,00	\$ 7.277,00	\$ 654.840,00	\$ 25.650,00	\$ 6.876,00	\$ 2.388,00							\$ 1.454.215,00
feb-20	\$ 567.528,00	\$ 25.513,00	\$ 42.495,00	\$ 2.387,00	\$ 87.312,00	\$ 611.184,00	\$ 17.940,00	\$ 887,00	\$ 1.023,00	\$ 887,00	\$ 1.160,00	\$ 2.865,00	\$ 43.656,00	\$ 802,00	\$ 1.405.639,00
mar-20	\$ 654.840,00	\$ 6.003,00	\$ 802,00	\$ 523.872,00	\$ 2.525,00	\$ 25.115,00	\$ 1.432,00	\$ 93.710,00	\$ 31.237,00						\$ 1.339.536,00
abr-20	\$ 523.872,00	\$ 93.710,00	\$ 51.228,00	\$ 4.144,00	\$ 43.656,00	\$ 654.840,00	\$ 16.166,00	\$ 325,00							\$ 1.387.941,00
may-20	\$ 523.872,00	\$ 1.228,00	\$ 7.027,00	\$ 1.432,00											\$ 533.559,00
jun-20	\$ 654.840,00	\$ 654.840,00	\$ 4.980,00	\$ 459,00	\$ 2.183,00	\$ 819,00	\$ 153,00	\$ 153,00	\$ 153,00						\$ 1.318.580,00
															Promedio \$ 1.239.911,67

Para el segundo semestre de esta anualidad, corresponde a \$ 1.491.715,00, conforme se ilustra a continuación:

Mes	Devengado										Total
jul-20	\$ 654.840,00	\$ 1.160,00	\$ 1.023,00	\$ 2.387,00	\$ 16.999,00	\$ 654.840,00					\$ 1.331.249,00
ago-20	\$ 523.872,00	\$ 88.750,00	\$ 205,00	\$ 682,00	\$ 9.959,00	\$ 802,00	\$ 802,00	\$ 29.583,00	\$ 654.840,00		\$ 1.309.495,00
sep-20	\$ 667.150,00	\$ 69.509,00	\$ 6.360,00	\$ 667.150,00	\$ 136.627,00	\$ 2.065,00					\$ 1.548.861,00
oct-20	\$ 667.150,00	\$ 139.269,00	\$ 819,00	\$ 444.767,00	\$ 38.222,00	\$ 780,00	\$ 206.515,00	\$ 51.629,00			\$ 1.549.151,00
nov-20	\$ 578.197,00	\$ 116.056,00	\$ 936,00	\$ 88.953,00	\$ 667.150,00	\$ 132.041,00	\$ 5.432,00				\$ 1.588.765,00
dic-20	\$ 533.720,00	\$ 121.059,00	\$ 4.788,00	\$ 133.430,00	\$ 667.150,00	\$ 130.789,00	\$ 25.004,00	\$ 6.829,00			\$ 1.622.769,00
										Promedio	\$ 1.491.715,00

En lo que respecta al primer semestre del año 2021, se tiene el salario base para la liquidación de esta prestación es de \$ 1.348.244,83, tal y como se refleja en el siguiente cuadro:

Mes	Devengado										Total
ene-21	\$ 622.673,00	\$ 142.255,00	\$ 72.191,00	\$ 5.818,00	\$ 44.477,00	\$ 622.673,00	\$ 84.504,00	\$ 4.553,00	\$ 44.477,00		\$ 1.643.621,00
feb-21	\$ 578.197,00	\$ 64.492,00	\$ 5.194,00	\$ 88.954,00	\$ 622.673,00	\$ 46.490,00	\$ 4.553,00	\$ 44.477,00			\$ 1.455.030,00
mar-21	\$ 667.150,00	\$ 52.886,00	\$ 1.267,00	\$ 667.150,00	\$ 81.308,00	\$ 1.910,00					\$ 1.471.671,00
abr-21	\$ 622.673,00	\$ 73.455,00	\$ 41.058,00	\$ 1.248,00	\$ 355.813,00	\$ 126.967,00	\$ 77.834,00	\$ 68.383,00	\$ 3.544,00		\$ 1.370.975,00
may-21		\$ 10.771,00	\$ 18.194,00	\$ 214,00	\$ 108.754,00	\$ 54.377,00	\$ 489.243,00	\$ 16.887,00	\$ 3.405,00	\$ 88.954,00	\$ 790.799,00
jun-21	\$ 667.150,00	\$ 8.339,00	\$ 9.048,00	\$ 533.720,00	\$ 4.031,00	\$ 1.654,00	\$ 133.431,00				\$ 1.357.373,00
										Promedio	\$ 1.348.244,83

Para el segundo semestre de este año, este corresponde a \$ 1.502.188,67, como se aprecia a continuación:

Mes	Devengado										Total
jul-21	\$ 489.243,00	\$ 8.685,00	\$ 32.301,00	\$ 58,00	\$ 177.908,00	\$ 667.150,00	\$ 64.907,00	\$ 7.783,00	\$ 3.754,00		\$ 1.451.789,00
ago-21	\$ 533.720,00	\$ 38.014,00	\$ 133.431,00	\$ 622.673,00	\$ 55.108,00	\$ 10.897,00	\$ 44.477,00				\$ 1.438.320,00
sep-21	\$ 603.872,00	\$ 29.465,00	\$ 4.184,00	\$ 3.736,00	\$ 92.903,00	\$ 650.323,00	\$ 22.210,00	\$ 33.837,00	\$ 4.270,00	\$ 46.452,00	\$ 1.491.252,00
oct-21	\$ 650.323,00	\$ 22.718,00	\$ 28.249,00	\$ 2.562,00	\$ 46.452,00	\$ 603.872,00	\$ 90.853,00	\$ 50.081,00	\$ 12.295,00		\$ 1.507.405,00
nov-21	\$ 557.420,00	\$ 31.718,00	\$ 21.135,00	\$ 102,00	\$ 139.356,00	\$ 510.968,00	\$ 98.844,00	\$ 6.896,00	\$ 49.384,00	\$ 32.948,00	\$ 1.495.223,00
dic-21	\$ 696.775,00	\$ 42.171,00	\$ 29.468,00	\$ 508,00	\$ 603.872,00	\$ 59.008,00	\$ 104.355,00	\$ 82,00	\$ 46.452,00	\$ 46.452,00	\$ 1.629.143,00
										Promedio	\$ 1.502.188,67

La base de liquidación para primer semestre de 2022 es de \$ 1.534.798,83, así:

Mes	Devengado										Total
ene-22	\$ 557.420,00	\$ 100.642,00	\$ 9.146,00	\$ 53.347,00	\$ 41,00	\$ 33.547,00	\$ 510.968,00	\$ 30.266,00	\$ 3.416,00	\$ 185.806,00	\$ 1.484.599,00
feb-22	\$ 743.226,00	\$ 267.220,00	\$ 30.412,00	\$ 66.252,00	\$ 2.216,00	\$ 72.406,00	36.203	\$ 46.452,00	\$ 278.711,00		\$ 1.543.098,00
mar-22	\$ 1.393.550,00	\$ 75.411,00	\$ 31.500,00	\$ 6.832,00							\$ 1.507.293,00
abr-22	\$ 1.207.743,00	\$ 75.122,00	\$ 80.376,00	\$ 5.794,00	\$ 185.808,00						\$ 1.554.843,00
may-22	\$ 510.968,00	\$ 23.590,00	\$ 49.689,00	\$ 1.362,00	\$ 185.807,00	\$ 650.323,00	\$ 58.862,00	\$ 50.299,00	\$ 2.216,00	\$ 46.452,00	\$ 1.579.568,00
jun-22	\$ 650.323,00	\$ 21.122,00	\$ 31.906,00	\$ 2.378,00	\$ 23.226,00	\$ 510.968,00	\$ 105.305,00	\$ 29.541,00	\$ 70.011,00	\$ 1.708,00	\$ 1.539.392,00
										Promedio	\$ 1.534.798,83

Finalmente, para el segundo semestre de este mismo año, para la liquidación de la prima de servicios para este interregno, corresponde a \$1.445.362,24, conforme lo hallado en la siguiente liquidación:

Mes	Devengado										Total
jul-22	\$ 696.775,00	\$ 35.203,00	\$ 62.187,00	\$ 5.406,00	\$ 650.323,00	\$ 38.468,00	\$ 32.110,00	\$ 3.048,00	\$ 23.226,00		\$ 1.546.746,00
ago-22	\$ 232.258,00	\$ 5.081,00	\$ 19.002,00	\$ 348.690,20							\$ 605.031,20
sep-22	\$ 325.162,00	\$ 1.089,00	\$ 406.805,23	\$ 696.775,00	\$ 20.976,00	\$ 22.659,00					\$ 1.473.466,23
oct-22	\$ 772.310,00	\$ 37.732,00	\$ 338,00	\$ 3.761,00	\$ 115.820,00	\$ 2.493,00	\$ 2.703,00	\$ 772.310,00	\$ 13.678,00	\$ 47.191,00	\$ 1.772.120,00
nov-22	\$ 772.310,00	\$ 18.664,00	\$ 225,00	\$ 541,00	\$ 617.848,00	\$ 151.992,00	\$ 21.400,00	\$ 5.857,00	\$ 1.126,00		\$ 1.589.963,00
dic-22	\$ 772.310,00	\$ 33.629,00	\$ 50.007,00	\$ 1.734,00	\$ 772.310,00	\$ 29.043,00	\$ 22.976,00	\$ 2.838,00			\$ 1.684.847,00
										Promedio	\$ 1.445.362,24

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que por concepto de auxilio de cesantías para el año 2020 a 2022, se debieron reconocer las siguientes cantidades de dinero:

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Total (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
jun-20	\$ 1.239.911,67	\$ 102.854	\$ 1.342.765,67	180	\$ 671.382,83
dic-20	\$ 1.491.715,00	\$ 102.854	\$ 1.594.569,00	180	\$ 797.284,50
jun-21	\$ 1.348.244,83	\$ 106.454	\$ 1.454.698,83	180	\$ 727.349,42
dic-21	\$ 1.502.188,67	\$ 106.454	\$ 1.608.642,67	180	\$ 804.321,33
jun-22	\$ 1.534.798,83	\$ 117.172	\$ 1.651.970,83	180	\$ 825.985,42
dic-22	\$ 1.445.362,24	\$ 117.172	\$ 1.562.534,24	180	\$ 781.267,12

Sostuvo el juzgador de instancia que, se encontraba una diferencia en el pago de las primas de servicios para el segundo semestre del año 2020 equivalente a \$30.569, para el primer semestre de 2021 fue de \$4.316, para el segundo semestre de esta anualidad fue de \$15.081, para el primer semestre del año 2022 la discrepancia fue de \$8.137 y para el segundo de \$19.224, pese a ello, esta corporación encuentra las siguientes diferencias, a saber:

Periodo	Valor prima	Valor pagado	Diferencia
jun-20	\$ 671.382,83	\$ 738.466,00	\$ 67.083,17
dic-20	\$ 797.284,50	\$ 751.690,00	-
jun-21	\$ 727.349,42	\$ 809.432,00	\$ 82.082,58
dic-21	\$ 804.321,33	\$ 787.826,00	-
jun-22	\$ 825.985,42	\$ 810.368,50	-
dic-22	\$ 781.267,12	\$ 823.739,00	\$ 42.471,88

A pesar de las diferencias anotadas por esta colegiatura, respecto a las consideraciones expuestas por el juez de conocimiento, no hay lugar a imponer condena por las

diferencias halladas para el primer semestre de 2020, y tampoco habrá lugar para modificar el valor encontrado para el primer semestre de 2021 y segundo semestre de 2022, como quiera que este asunto no fue objeto de apelación por el demandante, por lo tanto, las diferencias determinadas en primera instancia se mantendrán, en lo que a estos periodos se refiere.

De otro lado, como quiera que se no se encontró ninguna diferencia a favor del actor, para los periodos segundo semestre de los años 2020 y 2021, así como primer semestre de 2022, se dispondrá la modificación de la sentencia apelada en lo que se refiere específicamente a la condena por estos conceptos y en estos interregnos.

7. Costas. Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

RESUELVE

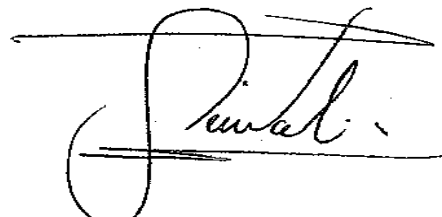
PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 26 de mayo de 2023, por el Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada **BRINKS DE COLOMBIA S.A.**, a pagar al señor JOSE ANDRÉS CLARO GARZÓN la suma de la suma de \$19.397,00 por concepto de reliquidación de las primas de servicios, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *NANCY CARLOTA CASTAÑO ROJAS*
DEMANDADO: *COLPENSIONES*
RADICACIÓN: *110013105-018-2022-00436-01*
ASUNTO: *APELACIÓN*
TEMA: *RETROACTIVO PENSIONAL.*

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora Nancy Carlota Castaño Rojas a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de una pensión de vejez a partir del 10 de mayo de 2019; como consecuencia de ello, se condene a la reliquidación de la pensión bajo el principio de favorabilidad y el pago de las mesadas causadas a partir de esta data, junto con el pago de intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas procesales, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que, nació el 10 de mayo de 1962 y para la fecha de la presentación de la demanda contaba con 59 años de edad; que se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Pensiones con Colpensiones, desde el día 15 de diciembre de 1978; refiere que previo al cumplimiento de los 57 años de edad hizo revisión de su historia laboral y advirtió que se presentaban inconsistencias por tiempos faltantes y que correspondían al 15 de diciembre de 1978 al 5 de marzo de 1979 con la empresa Aerovías del Cesar, del 17 de septiembre al 30 de octubre de 1979 al 24 de enero de 1980 al 18 de mayo de 1982 con la empresa CTD Ltda., del 17 de mayo de 1982 al 27 de septiembre de 1983 con Fapel S.A., para un total de 209,72 semanas faltantes; que el (18) de febrero de dos mil veinte (2020), solicitó ante Colpensiones historia laboral a la demandada en la que se reflejaba un total de 1131,43 semanas; que el 24 de agosto de 2020, mediante radicado No. 2020_8269795, la señora Nancy Carlota Castaño Rojas efectuó reclamación administrativa ante la demandada solicitando la corrección de su historia laboral; que debido a lo anterior, continuó laborando en el Hospital Universitario San Ignacio de Bogotá, mientras se define el trámite de corrección; que debido a la respuesta favorable dada por la entidad en historia laboral del 24 de febrero de 2021, se registra un total de 1.427,14 semanas.

De otro lado, reseñó que mediante Resolución No. SUB 45846 del 22 de febrero de 2021, Colpensiones reconoció pensión de vejez en cuantía de un salario mínimo,

efectiva a partir del 1 de marzo de 2021; que frente a esta se presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, siendo desestimado el primero de ellos en Resolución No. SUB 9542 del 21 de abril de 2021; en Resolución No. DPE 4692 del 22 de junio 2021 fue negado el recurso de alzada interpuesto; a su vez, expone que debido a la negativa por parte de la entidad demandada a reconocer la pensión de vejez a partir del 10 de mayo de 2019, interpuso acción de tutela, siendo de conocimiento del Juzgado Treinta y Dos (32) Administrativo del Circuito de Bogotá, quien en el 26 de julio de 2021 profirió fallo desfavorable, decisión que fue impugnada y confirmada por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección cuarta – subsección B en sentencia del 7 de septiembre de 2021 (Expediente digital, Cuaderno principal, PDF 001Demanda).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, Cuaderno principal PDF 009ConstanciaNotificacionANDJE); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demandada. Colpensiones dando respuesta en el momento procesal oportuno se opuso a todas las pretensiones del accionante argumentado que, el reconocimiento de la pensión de vejez del demandante se dio conforme a derecho y a la ley, y su prestación que es directamente proporcional con su historia laboral. Adicional a ello, sostuvo que, la demandante cumplió con el requisito de edad el 10 de mayo de 2019, a pesar de ello, de su historia laboral, se extrae que la última cotización fue para el periodo febrero de 2020 (sic) con el Hospital Universitario San Ignacio, por ende, la prestación debe ser reconocida a corte de nómina. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, compensación, buena fe, no procedencia de intereses moratorios, innominada o genérica (Expediente digital, Cuaderno principal, PDF 010ContestacionDemanda).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de abril de 2023, en la que el fallador absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y gravó en costas a la parte demandante (Expediente digital, Cuaderno dos, archivos 5 y 6).

Su decisión se basó en que, no se encontraba en discusión la calidad de pensionada de la demandante, sin embargo, la misma se encontraba acreditada con la Resolución No. SUB 45846 del 22 de febrero de 2021, de la que se advierte que la pensión de vejez fue reconocida en cuantía de un salario mínimo, efectiva a partir del 1 de marzo de 2021.

Señalo que de la historia laboral de la pensionada se evidencia que la última cotización en pensiones ocurrió el 9 de febrero de 2021 y la pensión fue reconocida a partir del 1 de marzo de la misma anualidad, por lo que la entidad demandada garantizó que no se presentara solución de continuidad entre la fecha de retiro de la entidad y la fecha en la que efectiva empezó a disfrutar de la pensión.

Respecto a la reliquidación de la pensión bajo el principio de favorabilidad, señaló que este principio no era el aplicable y que debía estudiarse bajo la condición más beneficiosa, a pesar de ello, concluyó que la norma aplicable era lo establecido en la ley 100 de 1993, en vista que la estructuración de la pensión de vejez fue el 10 de mayo de 2019. A su vez estableció que la accionante no era beneficiaria del régimen

de transición, por lo que resultaba aplicable el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; que siendo ello así, la señora Castaño para el año 2014 no contaba con la edad necesaria y las semanas cotizadas para ser beneficiaria de esta norma.

De otro lado, sostuvo que no había lugar a la reliquidación de la prestación, en la medida que al verificar la tasa de remplazo da un valor por debajo del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021, dado que halló un IBL de \$856.863, por lo que la prestación debía ser fue ajustada el salario mínimo.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión la **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que a los afiliados no se encuentran obligados a demostrar la veracidad y la exactitud de las cotizaciones realizadas y registradas por Colpensiones y tampoco se les puede imponer la carga de verificar lo reportado en sus historias laborales laboral, pues no son ellos los que debe estar revisando se forma constante su historial laboral, aun cuando los empleadores hayan realizado las cotizaciones de manera oportuna, por lo que no acceder a las pretensiones de la demanda ayudaría a normalizar la costumbre mal encaminada de Colpensiones de no mantener actualizada la HL de sus afiliados, incluso llegar a beneficiarla, en la medida que no se vería obligada a pagar varios periodos de cotización en favor parte accionante.

A su vez, advierte que, de manera desafortunada y obrando de buena fe confió en el reporte de semanas de cotización que expidió Colpensiones, creyendo así que no contaba con los requisitos exigidos en la ley para acceder al reconocimiento de su pensión de vejez, por tal razón, la demandante no deseaba continuar trabajando, sino al encontrar vacíos en su historia laboral que no le permitían acceder a este derecho se vio obligada a seguir laborando por culpa de la entidad demandada, debido a que tiempos de cotización efectuados oportunamente por sus empleadores no fueron reportados en su historia laboral.

6. Alegatos de conclusión. La demandante alegó en su favor que se debe revocar la sentencia objeto de apelación, en vista que le asiste derecho al reconocimiento y pago del retroactivo reclamado, en la medida que los errores reflejados en la historia laboral deben ser imputados a Colpensiones.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problemas jurídicos que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Le asiste derecho a la demandante a que se le reconozca y pague el retroactivo pensional desde el 10 de mayo de 2019 hasta el 28 de febrero de 2021? En caso afirmativo (ii) ¿Proceden los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

3. Causación y disfrute de la pensión. No es objeto de controversia que Colpensiones mediante Resolución SUB 45846 del 22 de febrero de 2021, le reconoció a la demandante pensión de vejez, en cuantía de un salario mínimo a partir

del 01 de marzo de 2021, esto es, al día siguiente de la fecha del retiro del Sistema General de Pensiones (Expediente digital, Cuaderno1, archivos 01Demanda, pág. 18 a 27); que en contra de este acto administrativo fue presentado recurso de reposición y apelación, con el fin que la prestación fuera reconocida a partir del 10 de mayo de 2019, fecha para la cual, en su concepto, ya se encontraban acreditados los requisitos de edad y tiempo (Expediente digital, Cuaderno1, archivos 01Demanda, pág. 28 a 39), recursos que fueron desatados desfavorablemente a través de las resoluciones Resolución No. SUB 95420 del 21 de abril de 2021 y Resolución No. DPE 4692 del 22 de junio 2021 (Expediente digital, Cuaderno1, archivos 01Demanda, pág. 40 a 48 y 49 a 58), bajo el argumento que, de la historia laboral se estableció que el último reporte realizado en calidad de dependiente, a través del empleador Hospital Universitario San Ignacio, fue para el periodo 2021-02, con lo cual, el objeto de controversia radica en que el disfrute de la pensión de vejez debe serlo a partir del cumplimiento de los 57 años de edad, en la medida que para esta fecha contaba con más de 1.300 semanas, las que no se encontraban reflejadas en su historia laboral debido a inconsistencias presentadas en esta.

Conforme a ello, basta decir que sobre el tema de causación y disfrute de la pensión de vejez, debemos acudir al contenido del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, según el cual la prestación *"se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."*

Lo anterior permite concluir que, la causación del derecho se suscita cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión o, en otras palabras, cuando adquiere el estatus de pensionado, hecho jurídico que se configura cuando la asegurada arriba a la edad mínima requerida y acumula la densidad de semanas cotizadas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Por su parte, para el disfrute de esta, se debe tener en cuenta la desafiliación del sistema de pensiones, **como regla general para acceder al disfrute de la pensión.**

Sobre el tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que no es necesaria la desafiliación expresa o novedad de retiro para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, y en ese orden se trae como referente la sentencia SL5603-2016, propalada en la sentencia SL11895-2017 y SL1302-2021, el cual refiere:

"En este orden, podría decirse que, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia"

Así mismo, desde la sentencia de radicación No 38776 de 2011, reiterada en la SL8497-2014, se venía adoctrinando que:

"No obstante lo expuesto, no desconoce la Corte que, de manera excepcional, tal como lo explicó en la sentencia del 20 de octubre de 2009 (radicado 35605), cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención

del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.”

Con fundamento en lo anterior, no queda duda que la actora cumplió la edad de 57 años el 10 de mayo de 2019, en tanto, nació el mismo día y mes del año 1962 (Expediente digital, Cuaderno1, archivos 01Demanda, pág. 17). Ahora bien, de acuerdo con las historias laborales aportadas con el expediente administrativo (Expediente digital, Cuaderno1, archivos 12ExpedienteAdministrativo) resulta diáfano que, para esta calenda, la señora Nancy Castaño contaba con 1.337,10 semanas válidamente cotizadas, por lo que, sin lugar a duda, su estatus pensional o causación se configuró para esta data, pues para esta época, ya cumplía con la edad y semanas requeridas, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 758 de 1990.

De otro lado, ha expresado la convocante a juicio que, por las inconsistencias presentadas en su historia laboral, no le fue posible pensionarse a partir del 10 de mayo de 2019. Conforme a lo anterior, se evidencia que Colpensiones a través de comunicación de fecha 21 de septiembre de 2020, realizó la corrección y actualización de historia laboral de la parte actora, incluyendo en esta los periodos de cotización del mes de marzo de 1981 a julio de 1982 con el empleador CTD Ltda. y agosto de 1982 a febrero de 1983 con la sociedad Fábrica de Papel Fapel.

A pesar de lo anterior, se tiene que, la accionante tan solo petitionó el reconocimiento de la pensión de vejez el 18 de enero de 2021, conforme se extrae del contenido de la Resolución de reconocimiento pensional, sin que exista prueba alguna que demuestre que con anterioridad a esta calenda haya sido deprecada esta prestación, y muchos que debido a los errores registrados en la historia laboral, la afiliada haya sido conminada a seguir efectuando cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones o que en virtud de este hecho la entidad demandada haya sido renuente en el reconocimiento pensional, por el contrario, es claro que la afiliada en su momento siguió cotizando con posterioridad a la causación del derecho pensional, circunstancia que de ningún modo resulta atribuible a la enjuiciada, se itera, la entidad pública en ningún momento le exigió o la requirió para continuar realizando cotizaciones al sistema.

Aunado lo anterior, en la historia laboral de cotizaciones (Expediente digital, Cuaderno1, archivos 12ExpedienteAdministrativo - GRP-SCH-HL-2021_480003-20210122062601) se verifica que la última cotización al sistema general de pensiones lo fue en el periodo de diciembre de 2020, cotizando 30 días, como a continuación se detalla.



Colpensiones

Ven por tu futuro ya

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 enero/2021
ACTUALIZADO A: 22 enero 2021

C 51660929		NANCY CARLOTA CASTAÑO ROJAS										
[34] Identificación Aportante	[35] Nombre o Razón Social	[36] RA	[37] Periodo	[38]Fecha De Pago	[39] Referencia de Pago	[40]IBC Reportado	[41]Cotización Pagada	[42]Cotización Mora Sin Intereses	[43] Nov.	[44] Días Rep.	[45] Días Cot.	[46]Observación

(...)

860015536	HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO	SI	202010	11/11/2020	83C20082037658	\$ 1.253.000	\$ 200.600	\$ 0	30	30	Pago aplicado al periodo declarado
860015536	HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO	SI	202011	10/12/2020	83C20083013633	\$ 1.253.000	\$ 200.600	\$ 0	30	30	Pago aplicado al periodo declarado
860015536	HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO	SI	202012	13/01/2021	83C20084092319	\$ 1.253.001	\$ 200.700	\$ 0	30	30	Pago aplicado al periodo declarado

Lo que podría dar lugar a que eventualmente se reconociera la pensión a partir del 1 de enero de 2021, de conformidad con el artículo 13 y 35 del decreto 758 de 1990,

dado que esta es la última cotización que se registra en las historias laborales adosadas al paginario, no obstante lo anterior, no se puede pasar por alto que en las Resolución No. SUB 9542 de 2021 y Resolución No. DPE 4692 del 22 de junio 2021, a través de las cuales se desataron los recursos interpuestos en contra de la resolución de reconocimiento pensional, se señala que el último aporte realizado por la promotora de la contienda, fue realizado en calidad de trabajadora dependiente del Hospital Universitario San Ignacio, registrando allí la novedad distinguida con la letra (P), lo que significa que el afiliado suspende el pago de cotizaciones en pensión por considerar cumplido los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, conforme lo dispuesto artículo 11 de la Resolución 1747 de 2008, modificada por la Resolución 2377 de 2008.

Las anteriores consideraciones tornan improcedente el reconocimiento del retroactivo pretendido y de contera, se desestiman los argumentos esbozados por la recurrente, y si bien, ninguno de los aspectos aquí estudiados fue objeto de análisis por el Juzgador de instancia, se deberá confirmar esta providencia en lo que a su absolución se refiere, en la medida que la convocada a juicio procedió a reconocer la prestación a partir de la fecha de presentación de la novedad referida en forma pretérita, la cual se acompasa con lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

4. COSTAS. En segunda instancia se impondrán costas a cargo del demandante y a favor del Colpensiones, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

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

RESUELVE

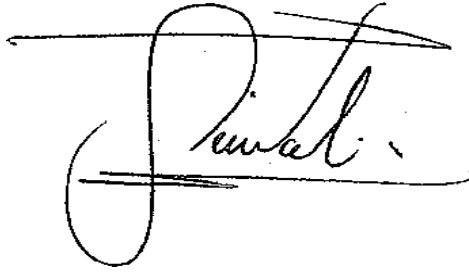
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de abril de 2023, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de Colpensiones y a cargo de la demandante. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Colpensiones y a cargo de la demandante, el equivalente a medio (1/2) SMMLV, esto es, la suma de \$580.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ALFONSO MATEO DUARTE AHUMADA
Demandada: INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A.
Radicación: 110013105-012-2019-00256-03
Tema: CONTRATO DE TRABAJO – REVOCA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Alfonso Mateo Duarte Ahumada, instauró demanda ordinaria contra Inversiones Pinzón Martínez S.A., con el propósito de declarar que tiene patologías producidas por y con ocasión del trabajo, y debido a ello, fue reubicado de manera arbitraria por la empresa, sin que previamente hubiese realizado estudios, adecuaciones y análisis de puesto de trabajo y con ello se desmejoró el salario, las prestaciones sociales y aportes a seguridad social, como consecuencia de lo anterior, peticiona que se condene a la accionada al pago de las diferencias salariales desde el 16 de febrero de 2012 y hasta cuando se verifique su pago; que se disponga la reliquidación de las cesantías, sus intereses, prima de servicios y las vacaciones causadas desde la fecha de reubicación laboral, y diferencia de cotizaciones para pensión dejadas de pagar, diferencia en el pago de aportes por riesgos laborales y salud; que se condene al pago de las cotizaciones adicionales por alto riesgo de que trata el Decreto 2090 de 2003; condenar al pago de la sanción por falta de pago de que trata el artículo 65 del CST e indexación, condenas ultra y extrapetita y condena en costas y agencia en derecho.

Fueron dirigidas pretensiones en contra de Positiva Compañía de Seguros S.A., sin embargo, conforme auto de fecha 29 de julio de 2022, esta corporación declaró probada la excepción de previa de falta de competencia por no haberse agotado la reclamación administrativa, lo que dio lugar al rechazo de la demanda frente a esta sociedad.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar con la sociedad demandada desde el 20 de septiembre de 2007, como minero en actividades de alto riesgo; que su vinculación se realizó a través de un contrato de trabajo a término indefinido; que el 16 de febrero de 2012 sufrió un accidente de trabajo; que con anterioridad a esta anualidad su asignación salarial era de \$1.504.442; que fue calificado por parte de Positiva Compañía de Seguros S.A. el 17 de julio de 2013, en donde se estableció una pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 16.11%; que el 11 de octubre de 2013, la Junta Regional de Calificación de Invalidez

de Bogotá y Cundinamarca modificó este porcentaje en un 18.18%; que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez asignó como PCL 27.06%; que con ocasión del accidente de trabajo la empresa lo reubicó de manera arbitraria, disminuyéndole unilateralmente su salario, sin previo estudio, adecuaciones o análisis de puesto de trabajo y sin intervención de la ARL; debido a lo anterior, presentó ante el Ministerio de Trabajo la correspondiente queja; el 2 de abril de 2013 se llevó a cabo diligencia de conciliación, la que fue declarada fracasada.

De otro lado, refiere que el promedio del su salario fue de \$1.200.000 para el año 2012, para el año 2013 fue de \$900.000, para los subsiguientes fue el equivalente a un salario mínimo; que para la reducción del salario no modificó el contrato de trabajo y ello obedeció a la ocurrencia del contrato de trabajo; que el 17 de junio de 2016 elevó reclamación a la empresa y se opuso a las desmejoras salariales; que mediante comunicación del 8 de julio de 2016 la empresa demandada se pronunció de manera escueta (Expediente electrónico, PDF 01EscritoDemandaAnexos. Pag. 2 a 16)

2. Contestaciones. Al contestar la demanda la sociedad Inversiones Pinzón Martínez S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que el actor tiene suscrito con la empresa un contrato de trabajo por unidad de obra y depende de la actividad productiva y cuando él no estuvo en condiciones objetivas y físicas para prestar el servicio para el cual fue contratado, procedió al reconocimiento y pago del salario mínimo mensual, por lo que, la disminución salarial alegada no es imputable a la empresa, sino a una situación objetiva derivada de la imposibilidad de poder realizar las actividades de picador, razón por la que no procede el pago de las diferencias salariales, pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación por pago, cobro de lo no debido, abuso del derecho y mala fe, temeridad, dolo y mala fe en el demandante e innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 05ContestacionDemandaconAnexos).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de julio de 2023 en la que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y gravó en costas al señor Alfonso Mateo Duarte Ahumada (Expediente electrónico, audios 33).

Para arribar a la decisión, indicó que no existía controversia sobre la existencia del contrato de trabajo entre las partes y por ello encontró demostrado que actor labora al servicio de Inversiones Pinzón Martínez S.A. desde el 20 de septiembre de 2007, desempeñando inicialmente el cargo de martillero minero, con un salario a destajo con un promedio mensual al mes de agosto de 2012 de \$1 ' 504.442 pesos; que a partir del 1 de junio de 2013, ocupa el cargo de oficios varios, devengando el salario mínimo legal mensual vigente. Sostuvo que tampoco había sido objeto de discusión que el actor había sufrido un accidente de trabajo el 16 de febrero de 2012 y dadas las recomendaciones médicas expedidas por la ARL Positiva fue reubicado en el cargo de oficios varios.

De otro lado, sostuvo que la disminución en el salario del trabajador, no obedeció a una decisión injustificada del empleador, sino a una situación ajena a su voluntad, pues en virtud de la orden de reubicación de la ARL, en la que se indicó que el señor Duarte ya no podía continuar realizando las funciones de martillero picador, debido a las secuelas generadas por el accidente de trabajo que sufrió y las cuales le impedían desempeñar estas funciones al interior de la mina. Adicional a lo anterior, refirió que esta decisión también se encontraba sustentada en lo dispuesto en el artículo 8º de la

Ley 776 de 2002, sin que de dicha normatividad se desprenda que el empleador deba seguir pagando el mismo salario, menos aún, cuando su salario era a destajo y la actividad laboral en la que fue reubicado es distinta a la inicialmente contratada, ya no depende de una producción y se realiza en otra área que no requería el mismo esfuerzo y capacidad, por lo tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 143 del CST, no puede equipararse las labores desarrolladas actualmente a las realizadas con anterioridad al accidente de trabajo, por lo que se encontraba justificada la desmejora salarial.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión el **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que, el despacho había pasado por alto que este extremo procesal había sufrido accidente de trabajo el 16 de febrero del año 2012 y que el salario promedio que devengaba antes del año 2012 era \$1.504.442 pesos, conforme los certifica la empresa demandada.

Manifiesta que la convocada a juicio no modificó el contrato de trabajo vigente ni tampoco le informó al trabajador, que sus condiciones salariales cambiarían y mucho menos esta decisión fue consentida por él, debido a que no se firmó acuerdo u otro si al contrato de trabajo y tampoco se le informó sobre su desmejora salarial.

Finalmente, reseña que el desmejoramiento salarial, prestacional y de seguridad social generado por la empresa demandada, vulneró los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, así como los artículos 9, 14, 15 y 43 del CST y por ende es ineficaz y no produce efectos jurídicos.

5. Alegatos de conclusión. Alega en su favor la parte demandante que dentro del plenario no existe prueba documental que corrobore que entre las partes se haya firmado otro si al contrato de trabajo, en donde quedara consignado que se hubiese aceptado voluntariamente la modificación de las condiciones de trabajo inicialmente convenidas, por lo que deberá revocarse la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La empresa Inversiones Pinzón Martínez S.A. desmejoró las condiciones salariales del actor, a raíz de la ocurrencia del accidente de trabajo?; (ii) en caso positivo, ¿Resulta procedente el pago de la diferencia salarial y la consecuente reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral?

3. Contrato de trabajo y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, modalidad contractual, extremos temporales.

4. Accidente de trabajo. Contrario a lo sostenido por el recurrente, la juzgadora de primer grado no paso por alto que el señor Alfonso Mateo Duarte Ahumada, sufrió un accidente de trabajo el 16 de febrero del año 2012, como quiera que, de acuerdo con las consideraciones expuestas, éste fue un hecho declarado dentro de la sentencia

objeto de censura. Aunado lo anterior, la ocurrencia de este infortunio también se encuentra acreditado con el reporte del accidente de trabajo obrante en el plenario (Expediente electrónico, PDF 01DemandaConAnexos, pág. 29).

5. Reubicación. Tampoco ha sido objeto de reproche por las partes que, en virtud del accidente de trabajo padecido por el promotor de la contienda y las secuelas dejadas por este, el señor Duarte dejó de desempeñar las funciones para las cuales había sido contratado inicialmente, esto es, las de Martillero/Picador, para pasar a realizar a partir del día 1 de junio de 2013, funciones propias del cargo de oficios varios, lo anterior, en atención a que, conforme las recomendaciones médico ocupacionales proferidas por la ARL Positiva Compañía de Seguros de fecha 18 de abril de 2013, dicho cargo no podía ser ejecutado por el trabajador dados los requerimientos específicos y las funciones asignadas para esta actividad (Expediente electrónico, PDF 05ContestacionDemandaconAnexos, pág. 95 a 97).

De igual forma, resulta imperante para esta sala de decisión, resaltar la situación de vulnerabilidad en la que se halla el convocante a juicio, pues conforme dictamen de fecha 14 de febrero de 2014, cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 27.06% con fecha de estructuración 24 de abril de 2013, producto del accidente de trabajo padecido, el que generó un diagnóstico de síndrome de manguito rotatorio (Expediente electrónico, PDF 01DemandaConAnexos, pág. 39 a 43), situación que hacía imperativo al empleador un trato preferencial propio de los sujetos de especial protección constitucional y por ende de una estabilidad laboral aún más reforzada, debiendo tomar medidas de diferenciación positiva justificada que se predicen exclusivamente de esta clase de personas, que se encuentran reservadas a quien por su condición de salud grave, afrontan una dificultad mayor a la de la generalidad de sujetos para adelantar actividades de la vida diaria, como lo es trabajar.

Entonces, al determinar que su padecimiento de salud fue de tal magnitud que afectó de manera ostensible y sustancial el desempeño de sus labores, debía reubicarlo como en efecto lo hizo, no solo en estricto acatamiento de las recomendaciones médicas dadas por la ARL, sino a lo contemplado en el artículo 8º de la Ley 776 de 2002, en donde se establece la obligación de los empleadores a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes.

6. Desmejora salarial. Acusa el censor al juzgado de conocimiento de desconocer que el salario promedio devengado por el trabajador con anterioridad a la ocurrencia del infortunio fue de \$1.504.442, conforme el certificado emitido por la empresa enjuiciada. Sobre este asunto en particular, esta colegiatura debe recalcar que esta afirmación carece de sustento, en la medida que las consideraciones de la falladora de instancia estuvieron orientadas a dar por cierto este hecho, a pesar de lo anterior, los reparos que la conllevaron a desestimar las pretensiones de la demanda se erigieron en que el salario del actor era por unidad de producción o destajo y que las labores del nuevo cargo ya no dependían de una producción y se realiza en otra área que no requería el mismo esfuerzo y capacidad, razonamientos que no fueron objeto de cuestionamiento alguno por el recurrente, no obstante, se discute que la disminución salarial se realizó sin que mediara autorización u otro si al contrato de trabajo y que la determinación adoptada por la empresa es violatoria de los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, así como los artículos 9, 14, 15 y 43 del CST, resultando esta ineficaz, por tanto, sin efectos jurídicos.

Para abordar este tema, se debe reseñar que, la ley faculta a los extremos contratantes dentro del marco de una relación de trabajo, a fijar el salario en sus diversas modalidades, a saber, por unidad de tiempo, por obra, a destajo, entre otros, siempre que se garantice salario mínimo legal o el fijado en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, conforme lo dispuesto en el artículo 132 del CST, modificado por el 18 de la Ley 50 de 1990. De acuerdo con lo anterior, lo intervinientes en este juicio pactaron que la modalidad de retribución del servicio correspondía al resultado obtenido en la ejecución de la labor, es decir, un salario a destajo, tal y como fue declarado por la sentenciadora de primer conocimiento, aspecto que no ha sido controvertido en esta instancia.

Conforme lo anterior, la afectación médica del actor resultaba incompatible con las funciones que debía ejercer como Martillero/Picador, motivo por el cual se produjo su reubicación, conforme se advirtió de forma pretérita, no obstante lo anterior, esta circunstancia per se, no representaba que se deban desmejorar las condiciones laborales del actor en cuanto a su forma de retribución, dado que al ser sujeto de especial protección, no podía estar expuesto a circunstancias discriminatorias, pues precisamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otras las sentencias T-703 de 2016, T-351 de 2015 y T-1040 de 2001 han desarrollado el derecho a la reubicación, Corporación que lo ha entendido como aquel *"privilegio que tiene el trabajador de que le sean asignadas funciones conforme con su disminuida condición física derivada de una enfermedad y mientras logra una plena mejoría ello con el fin de potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente"*. Este derecho recae sobre el principio de solidaridad, y el objetivo no es otro que volver a ubicar a los trabajadores que, a raíz de una disminución en sus condiciones físicas, sensoriales y psíquicas, no pueden trabajar en igualdad de condiciones, de manera que conserven un trabajo digno, ajustado a sus condiciones de salud, el cual no comporta la reducción del salario, en la medida que no existe soporte normativo o jurisprudencial que permita que el empleador disminuya o desmejore la asignación salarial, por el contrario, el empleador debe respetar los derechos derivados de la relación laboral y previamente concertados, como quiera que el empresario solo en virtud y en ejercicio del ius variandi, se encuentra legitimado para modificar las condiciones que no sean esenciales del contrato de trabajo, por lo tanto, aspectos tales como la modalidad salarial y su valor, no pueden ser alteradas de manera unilateral en virtud de este principio.

Por lo anterior, tal y como lo sostiene el apoderado del demandante, la enjuiciada debía a través de otro sí y de manera consensuada, concertar las condiciones laborales que debían ser objeto de modificación, en lo que a su forma de retribución se refiere.

Una vez escuchado el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la encartada, se advierte que se confiesa por este extremo procesal que, para la modificación de las condiciones salariales no medió otro sí al contrato de trabajo, a su vez, agregó que tan solo se había realizado una adaptación a este, conforme las nuevas condiciones laborales y recomendaciones realizadas por la ARL.

De esta manera, resulta diáfano que la sociedad Inversiones Pinzón Martínez S.A., alteró de manera unilateral condiciones esenciales del contrato de trabajo, actuaciones que se encuentran proscritas bajo el principio objeto de análisis y si bien, esta modificación se encuentra respaldada en las recomendaciones médicas emanada de la ARL Positiva, y los postulados contemplados en el artículo 8 de la Ley 776 de 2002, pasó por alto la convocada a esta contienda, que el asunto no solo debía ser comunicado al trabajador, sino que se debía contar con su aquiescencia para reformar la modalidad y forma de retribución de su actividad laboral.

Por las consideraciones hasta aquí expuestas, esta colegiatura no comparte las argumentaciones esbozadas en la sentencia respecto al tema objeto de estudio, dado que, a pesar de la reubicación del actor en el cargo de oficios varios, no se puede dar aplicación al contenido del artículo 143 del CST, en la medida que, si bien, el señor Duarte para la ejecución de esta nueva labor no requiere el mismo esfuerzo, no por ello, se debe avalar el decrecimiento de la asignación salarial, en la medida que no se puede perder de vista que la asignación del nuevo puesto de trabajo, se generó con ocasión de una afectación médica que impedía y dificultaba sustancialmente el desempeño de las labores en condiciones regulares como Martillero/Picador, por ello, se debían respetar y garantizar las condiciones laborales primigeniamente pactadas, dado que la reubicación conlleva la asignación de un cargo de igual o superior jerarquía acorde con las condiciones médicas, recomendaciones y restricciones laborales, así como de brindarle capacitación para el desarrollo de las nuevas funciones, con el ánimo de proteger no solo el derecho a la reubicación laboral, sino el derecho a la salud y dignidad humana, sin que ello implique una reducción del salario.

Las anteriores razones resultan más que suficientes para revocar la sentencia objeto de estudio, y por ello se, efectuará pronunciamiento frente a las pretensiones planteadas en el libelo genitor, debido a que se deben restablecer las condiciones laborales cercenadas por el empleador, de la siguiente manera:

7. Diferencia salarial. Conforme fue definido, el salario percibido por el trabajador fue a destajo, es decir que su asignación salarial estaba supeditada a la cantidad de unidades de obra realizadas o servicios prestados, por tanto, su salario fue variable en fecha anterior a la ocurrencia del accidente de trabajo y debido a su reubicación y al no poder desempeñar la función Martillero/Picador, su asignación salarial no puede estar sujeta a esta misma medición, no por ello, se debe establecer como salario un mínimo legal, en vista que conforme ha sido indicado en esta providencia, la reubicación no permite el desmejoramiento de las condiciones laborales que venía disfrutando el actor al momento del infortunio.

Al plenario fue adosada certificación adiada 15 de agosto de 2012, en el que se hace constar que en el último año de servicio el señor Duarte devengó un salario promedio de \$1.504.442 (Expediente electrónico, PDF 01DemandaConAnexos, pág. 21), no obstante, esta documental no da cuenta de los salarios devengados por el actor el año inmediatamente anterior a la ocurrencia del accidente de trabajo.

Ahora bien, fueron allegados desprendibles de nómina (Expediente electrónico, PDF 05ContestacionDemanda, pág. 79) en los que evidencia que el salario del trabajador tuvo variación en los últimos tres meses, y su salario promedio para el interregno del 15 de febrero de 2021 al 16 de febrero de 2012, fue de \$1.520.264,92, asignación que debía mantenerse al momento de la reubicación, esto es a partir del 1 de junio de 2013. Resulta imperioso resaltar que, en el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 2012 al 30 de junio de 2013, el actor estuvo incapacitado y de ello da cuenta el reporte de incapacidades temporales obrante en la foliatura (Expediente electrónico, PDF 05ContestacionDemanda, pág. 79).

En lo que hace referencia al reajuste salarial, cumple memorar que de conformidad con el artículo 148 del CST, en tratándose de trabajadores del sector privado, los incrementos salariales son aplicables en forma obligatoria cuando se trate de remuneraciones que sean en cuantía de salario mínimo. En ese sentido, los empleadores no estarán obligados a efectuar incrementos con base en el IPC, a menos

que se trate de trabajadores que devenguen el salario mínimo o exista pacto entre el trabajador y empleador, convenciones colectivas o fallos arbitrales que obliguen al dador del laborío reajustar el salario. Sobre el tema objeto de análisis, es pertinente traer a colación la sentencia SL4701-2020, en la que la Sala de Casación Laboral de la CSJ, explicó:

"En lo relacionado con los reajustes salariales anualizados, vale decir por la Sala que el demandante no demostró un instrumento legal o extralegal que ordenara su realización (CSJ SL4392-2019), al tiempo que resulta improcedente dar aplicación a la normativa que es aplicable con exclusividad a los empleados públicos.

Así mismo, para el caso de los trabajadores del sector privado y los trabajadores oficiales, los incrementos salariales de origen legal son inaplicables de forma obligatoria salvo que se trate de la actualización de remuneraciones que tengan una cuantía de salario mínimo; luego, si la remuneración del interesado superaba aquel valor, no es obligatorio su incremento."

Efectuadas las anteriores precisiones, como quedó acreditado con anterioridad, el salario promedio devengado por el actor resultaba ser superior al mínimo legal, tornándose improcedente la solicitud de incrementos salariales pretendidos, en proporción al incremento del índice de precios al consumidor o conforme a los parámetros del Gobierno Nacional para el acrecentamiento del salario mínimo, como quiera que no existe fundamento normativo o extralegal que obligue al dador del laborío a realizar dichos incrementos en estas proporciones, máxime, cuando en juicio no se encuentra acreditado que los pares del actor, es decir quienes ejecutaban la labor de Martillero/Picador, hayan recibido algún incremento en función a las labores realizadas y que puedan ser aplicadas al promotor de esta acción, por ello, se deberá mantener como salario la suma de \$1.520.264,92.

8. Excepción de prescripción. Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda la demandada al señor Duarte, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio.

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos a los artículos 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En esa dirección, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que el simple reclamó por escrito *"puede entenderse como cualquier requerimiento o solicitud que el trabajador hubiese realizado del derecho debidamente determinado y del que el empleador tuviese conocimiento, incluso, en peticiones realizadas ante autoridades judiciales o administrativas que hubiesen quedado plasmadas de forma escritural, como por ejemplo en actas de conciliación"*. En ese sentido, precisó que a fin de que se interrumpa el fenómeno prescriptivo en los términos de los artículos 489 del CST y 151 del CPTSS, bajo la conciliación prejudicial se requiere que el acta sea conocida por parte del empleador y que el reclamo esté debidamente individualizado, es decir, que lo solicitado sea claro, preciso y determinado. (SL4554-2020, que cita la sentencia SL, 18 jun. 2008, rad. 33273).

También, la citada Corporación ha indicado que la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho suspende el término de prescripción, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses, lo que ocurra primero; suspensión que operará por una sola vez y será improrrogable, conforme a los supuestos normativos señalados en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001. De esta manera, el trabajador que acude a este mecanismo alternativo de solución de conflictos no resulta afectado con la figura de la prescripción, mientras se surte el trámite administrativo.

Así, dijo en sentencia SL912-2018 que:

"En síntesis, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, es una norma general de regulación de la suspensión de la prescripción de la conciliación prejudicial en derecho autorizada en el ámbito laboral en el artículo 28 de la misma ley. De ahí que su aplicación no constituya una extensión analógica de sus efectos, como lo quiere hacer ver con error la oposición (f.º 46 a 47, cuaderno de la casación), ni tampoco que pueda examinarse de manera restringida al ámbito de la conciliación como requisito de procedibilidad, pues la norma prevé varias hipótesis de aplicación, independientes y autónomas, pero limitadas al término improrrogable de 3 meses, el cual elimina cualquier posibilidad de que las partes se aprovechen de ese mecanismo para impedir la prescripción."

Bajo tal contexto, no fue materia de discusión por las partes que la relación laboral se encuentra vigente desde el 20 de septiembre de 2007; tampoco que el demandante convocó a su empleador ante el Ministerio del Trabajo, llevándose a cabo diligencia de conciliación, en donde el quejoso solicitó "(...) Lo que estoy reclamando son mis derechos y mi salario tal como lo estaba devengando" (...), más adelante señaló (...) "En la reubicación me bajaron al salario, desmejora salarial, me bajaron mucho mi estabilidad económica, reclamo las diferencias salariales" (...), peticiones que no fueron acogidas por el representante del empleador y al no mediar animo conciliatorio, se dejó en libertad a la convocante para acudir a la justicia ordinaria en procura de sus derechos, por lo anterior, se levantó acta de no conciliación No. 050 (Expediente electrónico, PDF 01DemandaConAnexos, pág. 44-45)

De acuerdo con ello, en los términos del artículo 21 de la Ley 640 de 2001, operaría el fenómeno de la suspensión, de no ser porque, en primer lugar, no existe delimitación de los derechos pretendidos y, en segundo lugar, se desconoce la fecha en la que se presentó ante el Ministerio del Trabajo petición de conciliación extrajudicial con la enjuiciada. Tampoco hay lugar a aplicar la interrupción, en tanto que lo solicitado en la diligencia de conciliación, según da fe el acta, no fue claro, preciso y determinado.

De otro lado no se puede perder de vista que, se registra dentro del expediente que el gestor de la litis presentó reclamación a la encartada relacionada con la desmejora salarial, el día 22 de junio de 2016 (Expediente electrónico, PDF 01DemandaConAnexos, pág. 92 a 113), a la cual se le dio respuesta el 8 de julio de 2016, por lo tanto, esta acción debió ser presentada a más tardar el 8 de julio de 2019, a efectos de lograr la interrupción de la prescripción, lo que en efecto ocurrió, pues la acción fue radicada el 8 de abril de 2019, por lo que estarían prescritas las acreencias laborales que aquí se pretenden, causadas con anterioridad al **22 de junio de 2016**, esto es las causadas 3 años antes de presentación de la reclamación administrativa, en tanto, se logró interrumpir la prescripción. En ese sentido, se debe declarar probado este medio exceptivo en relación

con los reajustes salariales, los intereses a las cesantías, prima de servicios **exigibles** con anterioridad al **22 de junio de 2013**.

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 472-2020), y al encontrarse aún vigente la vinculación laboral, se debe declarar **no probada la excepción de prescripción**. En cuanto a las **vacaciones** en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020) se declarará no probada la excepción de prescripción en relación con este concepto.

9. Acreencias laborales adeudadas. Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

9.1. Salario. De acuerdo con lo anterior, se condenará a la empresa Inversiones Pinzón Martínez S.A. a reconocer y pagar a favor del actor, la suma de \$ 86.641.370, por concepto de reajuste salarial causado entre el 22 de junio de 2013 hasta la fecha en que se profiera esta providencia. Conforme la siguiente liquidación.

Reajuste Salarial			
Año	Salario	Salario Reajustado	Diferencia Salarial
jun-13	\$ 589.500,00	\$ 1.520.265	\$ 930.765
jul-13	\$ 1.157.527,00	\$ 1.520.265	\$ 362.738
ago-13	\$ 510.900,00	\$ 1.520.265	\$ 1.009.365
sep-13	\$ 589.500,00	\$ 1.520.265	\$ 930.765
oct-13	\$ 589.500,00	\$ 1.520.265	\$ 930.765
nov-13	\$ 589.500,00	\$ 1.520.265	\$ 930.765
dic-13	\$ 471.600,00	\$ 1.520.265	\$ 1.048.665
ene-14	\$ 616.000,00	\$ 1.520.265	\$ 904.265
feb-14	\$ 616.000,00	\$ 1.520.265	\$ 904.265
mar-14	\$ 616.000,00	\$ 1.520.265	\$ 904.265
abr-14	\$ 616.000,00	\$ 1.520.265	\$ 904.265
may-14	\$ 616.000,00	\$ 1.520.265	\$ 904.265
jun-14	\$ 616.000,00	\$ 1.520.265	\$ 904.265
jul-14	\$ 616.000,00	\$ 1.520.265	\$ 904.265
ago-14	\$ 616.000,00	\$ 1.520.265	\$ 904.265
sep-14	\$ 616.000,00	\$ 1.520.265	\$ 904.265
oct-14	\$ 616.000,00	\$ 1.520.265	\$ 904.265
nov-14	\$ 616.000,00	\$ 1.520.265	\$ 904.265
dic-14	\$ 652.000,00	\$ 1.520.265	\$ 868.265
ene-15	\$ 718.350,00	\$ 1.520.265	\$ 801.915
feb-15	\$ 718.350,00	\$ 1.520.265	\$ 801.915
mar-15	\$ 718.350,00	\$ 1.520.265	\$ 801.915
abr-15	\$ 718.350,00	\$ 1.520.265	\$ 801.915
may-15	\$ 718.350,00	\$ 1.520.265	\$ 801.915
jun-15	\$ 813.408,00	\$ 1.520.265	\$ 706.857
jul-15	\$ 718.350,00	\$ 1.520.265	\$ 801.915
ago-15	\$ 718.350,00	\$ 1.520.265	\$ 801.915
sep-15	\$ 718.350,00	\$ 1.520.265	\$ 801.915
oct-15	\$ 718.350,00	\$ 1.520.265	\$ 801.915
nov-15	\$ 718.350,00	\$ 1.520.265	\$ 801.915

dic-15	\$ 718.350,00	\$ 1.520.265	\$ 801.915
ene-16	\$ 830.263,00	\$ 1.520.265	\$ 690.002
feb-16	\$ 689.454,00	\$ 1.520.265	\$ 830.811
mar-16	\$ 689.454,00	\$ 1.520.265	\$ 830.811
abr-16	\$ 723.452,00	\$ 1.520.265	\$ 796.813
may-16	\$ 767.155,00	\$ 1.520.265	\$ 753.110
jun-16	\$ 767.154,00	\$ 1.520.265	\$ 753.111
jul-16	\$ 767.154,00	\$ 1.520.265	\$ 753.111
ago-16	\$ 813.118,00	\$ 1.520.265	\$ 707.147
sep-16	\$ 813.118,00	\$ 1.520.265	\$ 707.147
oct-16	\$ 813.118,00	\$ 1.520.265	\$ 707.147
nov-16	\$ 813.118,00	\$ 1.520.265	\$ 707.147
dic-16	\$ 813.118,00	\$ 1.520.265	\$ 707.147
ene-17	\$ 870.038,00	\$ 1.520.265	\$ 650.227
feb-17	\$ 870.038,00	\$ 1.520.265	\$ 650.227
mar-17	\$ 870.038,00	\$ 1.520.265	\$ 650.227
abr-17	\$ 870.038,00	\$ 1.520.265	\$ 650.227
may-17	\$ 870.038,00	\$ 1.520.265	\$ 650.227
jun-17	\$ 870.038,00	\$ 1.520.265	\$ 650.227
jul-17	\$ 870.038,00	\$ 1.520.265	\$ 650.227
ago-17	\$ 870.038,00	\$ 1.520.265	\$ 650.227
sep-17	\$ 870.038,00	\$ 1.520.265	\$ 650.227
oct-17	\$ 870.038,00	\$ 1.520.265	\$ 650.227
nov-17	\$ 870.038,00	\$ 1.520.265	\$ 650.227
dic-17	\$ 870.038,00	\$ 1.520.265	\$ 650.227
ene-18	\$ 962.154,00	\$ 1.520.265	\$ 558.111
feb-18	\$ 729.257,00	\$ 1.520.265	\$ 791.008
mar-18	\$ 875.019,00	\$ 1.520.265	\$ 645.246
abr-18	\$ 875.019,00	\$ 1.520.265	\$ 645.246
may-18	\$ 875.019,00	\$ 1.520.265	\$ 645.246
jun-18	\$ 875.019,00	\$ 1.520.265	\$ 645.246
jul-18	\$ 875.019,00	\$ 1.520.265	\$ 645.246
ago-18	\$ 874.481,00	\$ 1.520.265	\$ 645.784
sep-18	\$ 942.109,00	\$ 1.520.265	\$ 578.156
oct-18	\$ 942.109,00	\$ 1.520.265	\$ 578.156
nov-18	\$ 963.094,00	\$ 1.520.265	\$ 557.171
dic-18	\$ 843.820,00	\$ 1.520.265	\$ 676.445
ene-19	\$ 1.017.548,00	\$ 1.520.265	\$ 502.717
feb-19	\$ 981.148,00	\$ 1.520.265	\$ 539.117
mar-19	\$ 1.009.148,00	\$ 1.520.265	\$ 511.117
abr-19	\$ 991.181,00	\$ 1.520.265	\$ 529.084
may-19	\$ 981.148,00	\$ 1.520.265	\$ 539.117
jun-19	\$ 981.148,00	\$ 1.520.265	\$ 539.117
jul-19	\$ 953.148,00	\$ 1.520.265	\$ 567.117
Total diferencia			\$ 54.571.599

Como quiera que dentro del plenario solo obran los desprendibles de nómina hasta el mes de julio de 2019, el empleador deberá pagar la diferencia que se cause a partir del 1º de agosto de esta anualidad, teniendo en cuenta como salario \$1.520.265, en

la medida que se desconocen cuáles son los pagos que han sido realizados con posterioridad a esta data.

9.2. Auxilio de cesantía. Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST).

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, conforme se ha venido indicando en esta sentencia, en virtud del reintegro del accionante, su asignación salarial debió ser el equivalente a \$1.520.265, la que resulta ser superior a los dos salarios mínimos legales mensuales, en consecuencia, no hay lugar que este concepto sea incluido para su liquidación, en lo que respecta a los años 2013 a 2017. Y si deberá ser incluido para los años 2018 y siguientes, como quiera que este auxilio se ha venido reconociendo al actor, conforme desprendibles de nómina incorporados al plenario.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas teniendo en cuenta los desprendibles de nómina allegado al informativo, encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **\$3.916.234** por concepto de diferencia auxilio de cesantía causado en el año 2013 al 2018.

Auxilio de cesantías			
Año	Valor pagado	Valor Reliquidado	Diferencia
2013	\$ 1.417.000	\$ 1.520.265	\$ 103.265
2014	\$ 616.000	\$ 1.520.265	\$ 904.265
2015	\$ 718.350	\$ 1.520.265	\$ 801.915
2016	\$ 774.975	\$ 1.520.265	\$ 745.290
2017	\$ 867.000	\$ 1.520.265	\$ 653.265
2018	\$ 900.233	\$ 1.608.476	\$ 708.243
TOTAL DIFERENCIA			\$ 3.916.243

En vista que, en el plenario solo obran los desprendibles de nómina hasta el mes de julio de 2019, y al desconocerse lo pagado por este concepto para esta anualidad y las siguientes, el empleador deberá pagar la diferencia que se cause entre lo ya reconocido y el valor liquidado, teniendo en cuenta para ello como salario la suma de \$1.520.265.

9.3. Intereses a las cesantías. Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$469.950** por concepto de diferencia de intereses a las cesantías causados desde el año 2013 hasta el 2018.

Intereses sobre las cesantías			
Año	Valor pagado	Valor Reliquidado	Diferencia
2013	\$ 170.040	\$ 182.432	\$ 12.392
2014	\$ 73.920	\$ 182.432	\$ 108.512
2015	\$ 86.202	\$ 182.432	\$ 96.230
2016	\$ 92.997	\$ 182.432	\$ 89.435
2017	\$ 104.040	\$ 182.432	\$ 78.392
2018	\$ 108.028	\$ 193.017	\$ 84.989
TOTAL DIFERENCIA			\$ 469.950

Conforme se ha venido advirtiendo, al desconocerse lo pagado por este concepto para los años 2019 y siguientes, debido que solo se cuenta con los desprendibles de nómina hasta el mes de julio de 2019, se condenará al empleador a pagar, además de las sumas referenciadas anteriormente, la diferencia entre lo pagado y el valor que resulte de la reliquidación de esta prestación, teniendo en cuenta como salario la suma de \$1.520.265.

9.4. Prima de servicios. El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$4.243.547** por concepto de diferencia en el pago de prima de servicios causadas, conforme se ilustra a continuación.

Prima de servicios			
Año	Valor pagado	Valor Reliquidado	Diferencia
jun-13	\$ 585.157	\$ 752.221	\$ 167.064
dic-13	\$ 325.711	\$ 752.221	\$ 426.510
jun-14	\$ 708.500	\$ 752.221	\$ 43.721
dic-14	\$ 304.156	\$ 752.221	\$ 448.065
jun-15	\$ 367.097	\$ 752.221	\$ 385.124
dic-15	\$ 359.175	\$ 752.221	\$ 393.046
jun-16	\$ 372.244	\$ 752.221	\$ 379.977
dic-16	\$ 402.279	\$ 752.221	\$ 349.942
jun-17	\$ 435.019	\$ 752.221	\$ 317.202

dic-17	\$ 435.019	\$ 752.221	\$ 317.202
jun-18	\$ 437.555	\$ 804.238	\$ 366.683
dic-18	\$ 462.680	\$ 804.238	\$ 341.558
jun-19	\$ 496.785	\$ 804.238	\$ 307.453
TOTAL DIFERENCIA			\$4.243.547

Al no poder conocer lo pagado por este concepto para el segundo semestre del año 2019 y siguientes, se condenará al empleador a pagar, además de las sumas referenciadas anteriormente, la diferencia entre lo ya reconocido y el valor que resulte de la reliquidación de esta prestación, teniendo en cuenta como salario la suma de \$1.520.265.

9.5. Vacaciones. Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Se relaciona dentro de los desprendibles de nómina incorporados al expediente, el disfrute de vacaciones para en el año 2016 y dos periodos en el año 2018 y como consecuencia de ello, se reconoció por este concepto la suma de las siguientes sumas de dinero \$ 505.600, \$524.599 y \$ 603.288. Ahora, teniendo en cuenta el salario aquí establecido, se determinan las siguientes diferencias:

Vacaciones			
Año	Valor pagado	Valor Reliquidado	Diferencia
2016	\$ 505.600,00	760132,46	\$ 254.532,46
2018	\$ 524.599,00	760132,46	\$ 235.533,46
2018	\$ 603.288,00	760132,46	\$ 156.844,46
Total diferencia			\$ 646.910,38

Por lo anterior, se condenará a Inversiones Pinzón Martínez S.A. a reconocer al generador del juicio la suma de \$ 646.910,38, por concepto de diferencia en el pago de vacaciones de los años 2016 y 2018. Por otro lado, al desconocerse lo pagado por este concepto entre el 22 de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2015, del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017 y las causadas a partir del 1 de enero del año 2019, la sociedad encartada deberá pagar, además de esta suma, la que resulte de la diferencia entre lo ya reconocido y el valor que resulte de su reliquidación, teniendo en cuenta como salario la suma de \$1.520.265.

9.6. Aportes a seguridad social. Frente a esta pretensión, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007. De otra parte, en los términos del artículo

6º de la Ley 1562 de 2012, el monto de las cotizaciones para el Sistema General de Riesgos Laborales, no podrá ser inferior al 0.348%, ni superior al 8.7%, del Ingreso Base de Cotización (IBC) de los trabajadores y su pago estará a cargo del respectivo empleador.

De acuerdo con lo certificado de pago de aportes a seguridad, se observa que la sociedad demandada efectuó aportes al sistema, con un salario debajo del establecido dentro del presente juicio (Expediente electrónico, PDF 05ContestacionDemanda, pág. 61 a 78), razón por la que esta colegiatura dispondrá su reliquidación, teniendo en cuenta para ello, como Ingreso Base de Cotización (IBC) la suma de \$ 1.520.265, a partir de la fecha en que se produjo la desmejora de las condiciones laborales, esto es, a partir del 1 de junio de 2013 y hasta la fecha en que se profiera esta providencia.

A partir del 1 de septiembre de 2023, el empleador deberá tener en cuenta como salario el aquí establecido, o el acordado, en caso de ser superior.

De otro lado, reclama la parte demandante el pago de la diferencia de las cotizaciones por alto riesgo de que trata el Decreto 2090 de 2003, al respecto, ha señalado la enjuiciada que a pesar que el trabajador se encuentra reubicado, la empresa ha continuado realizando el pago de los puntos adicionales conforme dicha normatividad, sin embargo, estas han sido realizadas teniendo en cuenta el salario mínimo y no el establecido en el curso del proceso, por tal razón, se dispone que esta cotizaciones sean reajustadas teniendo en cuenta como IBC la suma de \$1.520.265.

Por lo anterior, se condenará a la sociedad Inversiones Pinzón Martínez S.A. a consignar en la administradora de pensiones escogido por la parte actora, a la ESP y ARL la diferencia en el pago de los aportes que, por concepto de pensiones, salud y riesgos laborales, tenía que sufragar durante la relación laboral con el salario que se acaba de hacer alusión, junto con los intereses moratorios generados a favor de las entidades de seguridad social.

10. Indemnización moratoria. Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado una indemnización moratoria.

De acuerdo a lo acreditado dentro del proceso, la relación laboral que ata a las partes aún se encuentra vigente, hecho que impide dar aplicación a la norma en comento, debido a que uno de los presupuestos para la imposición de esta indemnización, es que a la terminación del contrato se adeuden salarios y prestaciones sociales. Por ello, se deberá absolver a la sociedad Inversiones Pinzón Martínez S.A. de esta pretensión.

11. Indexación. Debe precisar la Sala que la indexación es un mecanismo para resarcir al acreedor por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. De acuerdo, con lo anterior, se deberá condenar a la demandada a disponer la indexación de los valores objeto de condena, desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, teniendo como IPC inicial el vigente a diciembre del año inmediatamente anterior a la fecha de causación de la diferencia de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones; y como IPC final el que rija al momento de su pago. Para efectos de lo anterior, se deberá seguir la fórmula establecida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

12. Perjuicios materiales y morales. Sobre el particular, es del caso resaltar que para hablar de indemnización de perjuicios es necesario acreditar los elementos estructurales de la responsabilidad general, esto es, el daño, la culpa y el nexo causal entre lo primero y lo segundo; en efecto, la imputación de responsabilidad requiere de tres elementos concurrentes: el padecimiento de un daño por parte de quien reclama la indemnización; una actuación culposa o dolosa de la demandada probada en el proceso y un nexo de causalidad entre la culpa y el daño. Cada uno de estos elementos es considerado como un presupuesto axiológico de la responsabilidad que debe acreditarse en cualquier reclamación de esta naturaleza.

Descendiendo al caso en concreto, la parte imputa a la demandada el suceso de la terminación de la relación laboral, aduciendo que aquello le trajo consigo un perjuicio patrimonial y extrapatrimonial, por lo que solicita su pago. Sin embargo, para la Sala es claro que al revisar los medios de convicción que fueron allegados al plenario, no demuestra cosa diferente a la inexistencia del perjuicio pretendido, en tanto que no existe elemento de prueba que acredite la causación del mismo.

En ese sentido, el daño no puede ser presumido a partir de la sola disminución de las condiciones laborales, por el contrario, debe tenerse plena certeza de que se generó, situación que a la postre no se cumplió, pues, como se dijo en precedencia, no se incorporó medio de convicción para su demostración, adicional a ello, debe indicarse que en este juicio no se discute la culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo y que requiera la indemnización total y ordinaria por perjuicios en los términos del artículo 216 del CST.

Por consiguiente, al no estructurarse uno o más de los presupuestos, es decir, el actuar reprochable y el daño previamente probado, tampoco sería posible predicar un nexo de causalidad que permita afirmar que fue el actuar culposo la causa adecuada del daño cuya indemnización pretende. En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos y fácticos para que proceda esta condena, se sigue absolver a la demandada en lo que respecta a esta pretensión.

13. Costas. En ambas instancias a cargo de la demandada, conforme a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 5 de julio del 2023, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada **INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A.**, a pagar al señor **ALFONSO MATEO DUARTE AHUMADA**, las siguientes sumas de dinero debidamente indexadas al momento del pago, conforme lo indicado en la parte motiva de esta providencia:

- **\$1.520.265**, por concepto de reajuste salarial.
- **\$3.916.234** por concepto de reliquidación de auxilio de cesantía.
- **\$469.950**, por concepto de reliquidación de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- **\$4.243.547**, por concepto de reliquidación de prima de servicios.
- **\$ 646.910,38**, por concepto de reliquidación de vacaciones.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A.** a reliquidar el pago de las cesantías, intereses a las cesantías a partir del 1 de enero de 2019, la prima de servicios a partir del segundo semestre de 2019 y las vacaciones entre el 22 de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2015, del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017 y las causadas a partir del 1 de enero del año 2019, teniendo en cuenta como salario la suma de \$ 1.520.265, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A.** a consignar en la administradora de pensiones escogido por la parte actora, así como la EPS y ARL los aportes que, por concepto de pensiones, aportes a salud y riesgos laborales, tenía que sufragar desde el 1 de junio de 2013, teniendo en cuenta para ello un IBC de \$1.520.265, junto con los intereses moratorios generados, a favor de las entidades de seguridad social, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada **INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A.** de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de **ALFONSO MATEO DUARTE AHUMADA**.

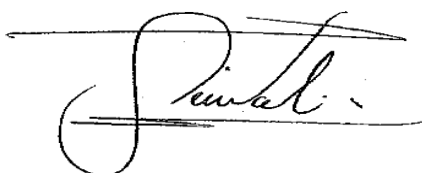
QUINTO: DECLARAR PROBADA de manera parcial la excepción de prescripción propuesta por la encartada **INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A.** y no probadas las demás.

SEXTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A.**

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



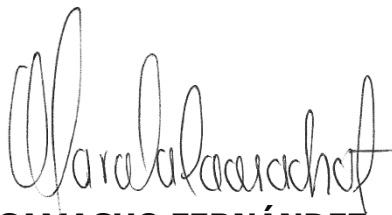
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **ALFONSO MATEO DUARTE AHUMADA** y a cargo de **INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A.**, en la suma de \$4.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ANA ISABEL GUERRERO LANCHEROS
Demandada: FUNDACIÓN GERMÁN DUQUE MEJÍA
Radicación: 110013105-006-2020-00284-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ana Isabel Guerrero Lancheros, instauró demanda ordinaria contra la Fundación Germán Duque Mejía, con el propósito que se declare que entre las partes existió una relación laboral que inició el día 1 de enero de 1983 y finalizó el día 31 de diciembre de 1992; en consecuencia, solicita el pago de cesantías, sus intereses, vacaciones, aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, cálculo actuarial, indemnización por el no pago de intereses a las cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, perjuicios patrimoniales ocasionados por la omisión de afiliar al trabajador al sistema de seguridad social, perjuicios morales, indexación, condenas ultra y extrapetita y condena en costas y agencia en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar al servicio de la demandada el día 1 de enero de 1983, para desempeñar el cargo de secretaria y auxiliar de enfermería en las instalaciones de la fundación y en el colegio Kirpalamar, de su propiedad, finalizando el vínculo el 31 de diciembre de 1992 por causas imputables al empleador; refiere que nunca le fueron canceladas las prestaciones sociales y vacaciones; también sostiene que a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 65 años de edad y al iniciar trámites para la obtención de la prestación de vejez, advirtió que su empleador solo efectuó aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones por los periodos correspondientes del 23 de marzo al 15 de agosto de 1990, en virtud de lo anterior, el 26 de mayo de 2010 radicó petición ante su empleador, con la finalidad que se aclarara este hecho, sin que haya recibido respuesta alguna, razón por la que presentó acción de tutela; ante la omisión en el pago de los aportes en pensión solicitó ante la Inspección de Trabajo de Fusagasugá investigación en contra de la demandada, Duque Lizarazo Ltda. y Graciela Lizarazo de Duque, razón por la que en Resolución No. 16 del 22 de diciembre de 2011, se sancionó a la encartada con multa de \$3.749.200.

Por otro lado, sostuvo que elevó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez ante Colpensiones, a efecto que iniciara acciones de cobro en contra del empleador moroso, entidad que a través de Resolución GNR 26893 del 23 de enero de

2017, negó la pensión de vejez solicitada por no acreditar el número mínimo de semanas; teniendo en cuenta lo anterior, presentó ante la Institución Educativa Kirpalamar y la fundación demandada, petición solicitando la consignación de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones; en respuesta a esta petición, las entidades en comunicaciones del 18 y 25 de septiembre de 2018, respectivamente, manifestaron que la petente no había laborado para ellas (Expediente electrónico, PDF 01DEmandaAnexos. Pág. 1 a 10).

2. Contestaciones. Al contestar la demanda la Fundación Germán Duque Mejía, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que nunca existió una relación laboral entre las partes, habida cuenta que, esta nació a la vida jurídica en la fecha de su constitución que fue el 13 de diciembre de 1994, por lo tanto, no podía ser sujeto de obligaciones en fecha anterior. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido, mala fe, prescripción, ausencia de extremos temporales de una relación laboral, falta de legitimación por activa y pasiva (Expediente electrónico, PDF 06ContestacionDemanda).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de marzo de 2023 en la que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y gravó en costas al accionante (Expediente electrónico, audios 22).

Para arribar a esta decisión, indicó que de acuerdo con el certificado expedido por la Cámara de Comercio la Fundación Germán Duque Mejía, obtuvo su personería jurídica el día 13 de diciembre de 1994, es decir, fecha posterior a los extremos temporales relacionado en la certificación del 3 de agosto de 2009, por otro lado, allí no se registra que esta ejerciera la propiedad sobre los establecimientos denominado Centro Médico Kirpalamar o la institución educativa del mismo nombre, por lo tanto, el servicio que dijo haber prestado la demandante en el colegio y en el centro médico, es un periodo anterior a la constitución de la fundación, en la medida que esta fue el 13 de diciembre de 1994, de tal forma que no pudo haber prestado sus servicios a esta.

De otro lado, reseñó que, si bien la representante legal de la Fundación accionada, manifestó que la demandante prestó sus servicios a la sociedad Duque Lizarazo Ltda., quien a su vez detentó la calidad de propietaria de los establecimientos Centro Médico y Colegio Kirpalamar, lo cierto es que, del certificado expedido por la Cámara de Comercio, la fundación enjuiciada no se fusionó o fue absorbida por dicha sociedad. A su vez, sostuvo que la deponente aceptó que expidió certificaciones y recomendaciones a todos los empleados de Duque Lizarazo Ltda. y a nombre de la fundación, aclaró que ello lo había hecho a petición de la señora Ana Isabel Guerrero, con la finalidad de acreditar una mayor experiencia en procura de obtener un trabajo, versión que fue confirmada por la testigo María del Carmen Leal, por lo que, no resulta plausible jurídicamente que la demandante hubiese prestado sus servicios a la Fundación accionada, ante su inexistencia, imposibilidad que se presentaba a pesar de mediar certificación laboral, pues la misma es contraria a la realidad, razones que la llevaron a concluir que la fundación demandada no estaba llamada a responder por los créditos laborales reclamados.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión el **demandante** formuló recurso de apelación con la finalidad que sea revocada en su integralidad la sentencia proferida y se acceda a la totalidad de las pretensiones, teniendo en cuenta para ello que, con la certificación laboral allegada se demostró la existencia del contrato de trabajo, máxime cuando este documento no fue tachado, ni desconocido por la fundación demandada, por el contrario, fue convalidado y aceptado

por su representante legal al momento de absolver el interrogatorio de parte. En este mismo sentido, aduce que, en la sentencia se refiere a la imposibilidad jurídica de la demandante de prestar los servicios a la demandada dado que su fundación fue a partir del 1994, a pesar de ello, no se puede desconocer que en la certificación allegada y que fue suscrita y expedida por la enjuiciada, se hace constar que Ana Isabel Guerrero prestó sus servicios durante los años 1983, 1984 y 1985 como secretaria del colegio Kirpalamar y para 1986 a 1992 se desempeñó como auxiliar de farmacia en el centro médico Kirpalamar, sumado al hecho que su representante legal confesó que la accionante laboró allí "en el 80". Anuncia también que, la Testigo Gloria Leal Bernal dio fe que la señora Isabel laboró para Kirpalamar en Arbeláez como secretaria del Colegio y auxiliar en el centro médico, los cuales era de propiedad de la representante legal de la fundación y de su esposo. Por su parte, que el testigo Héctor Godoy había señalado que la demandante ingresó a laborar en el año 1986 como secretaria del colegio de propiedad de la fundación Germán Duque Mejía. También sostiene que la testigo María del Carmen, quien expidió la certificación, afirmó que la demandante laboró en Kirpalamar y que la fundación había sido creada para recaudar fondos, siendo el centro médico y el colegio de propiedad de los dueños de la fundación, por lo que debía declararse la existencia del contrato de trabajo alegado.

Arguye también el recurrente que, no se tuvo en cuenta la Resolución 26893 del 23 de enero de 2017 emanada de Colpensiones, donde se registra cotización de la demandante con el empleador Duque Lizarazo, quien era el cónyuge de la representante legal de la accionada y que todo ello hacía parte de una misma empresa familiar, constituida para brindar servicios de educación y servicios asistenciales a todo el país. Que tampoco fue tenido en cuenta el trámite adelantado ante el Ministerio de la Protección Social en donde le fue impuesta una sanción a la demanda. Por todo lo anterior, se debían acceder a las suplicas de la demanda.

5. Alegatos de conclusión. La parte demandante alegó en su favor que se encuentra demostrada la existencia del contrato de trabajo entre las partes, por lo que se solicita se revoque la sentencia de instancia y se accede a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La Fundación Germán Duque Mejía fungió como empleador de la actora para los interregnos del 1 de enero de 1983 al 31 de diciembre de 1992?; (ii) en caso asertivo, ¿Hay lugar al pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social, sanciones e indemnizaciones pretendidas por parte de la señora Ana Isabel Guerrero Lancheros?

3. Relación laboral. Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se suponga la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centran inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de estudiar el recurso de apelación y determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada estuvo enmarcada por la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 1 de enero de 1983 al 31 de diciembre de 1992. Frente a esta pretensión, en la contestación de la demanda se esgrimió la inexistencia del vínculo laboral de la fundación demandada para la fecha en la que se predica la existencia del contrato de trabajo, dado que, esta solo se constituye como persona jurídica en el año 1994, por lo que se opuso a la declaratoria de esta pretensión. Por su parte, el Juzgador de primer grado sobre tal aspecto indicó que, conforme el certificado de existencia y representación legal de la enjuiciada, se acreditaba que esta fue constituida como persona jurídica el 13 de diciembre de 1994, por lo tanto, no era posible jurídicamente que la demandante hubiese prestado sus servicios a la Fundación accionada.

Bajo ese contexto, es pertinente verificar si para la fecha en la que se presentan los hechos que dan origen a esta acción, la Fundación Germán Duque Mejía, existía en el mundo jurídico. Es así que el único documento válido para demostrar la existencia de una fundación es la certificación de la Cámara de Comercio, conforme lo disponen los artículos 40 y 143 del Decreto 2150 de 1995, en concordancia con el artículo 1º del Decreto Nacional 427 de 1996 y artículo 117 del estatuto mercantil, al ser ello así, conforme prueba documental adosada en el informativo, se tiene que la Gobernación de Cundinamarca le otorgó el 13 de diciembre de 1994 personería jurídica a la fundación que hoy es convocada a juicio (Expediente electrónico, PDF 06ContestacionDemanda, pág. 25 a 30).

Conforme lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2150 de 1995, para la obtención de la personería jurídica las fundaciones pueden constituirse por escritura pública o documento privado, dando vida a una persona moral distinta a la de sus miembros o fundadores individualmente considerados, a partir de su registro ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica que se constituye, conforme lo dispone el inciso final del artículo 40 de Decreto Ley 2150 de 1995, advirtiendo que solo sus relaciones jurídicas se hacen oponibles desde la fecha de su registro, esto es, desde el 5 de mayo de 1998, por tanto, es inviable jurídicamente hablando que se pueda declarar una relación laboral entre la promotora de la contienda y la encartada, y mucho menos que a ella se le puedan hacer exigibles obligaciones reclamadas con anterioridad a su existencia jurídica, máxime que, dentro de los hechos y los suplicas de la demandada, no se hace referencia o insinuación alguna a cambios de empleador durante la vigencia del contrato de trabajo, que permitan predicar que se produjo una sustitución patronal en los términos de los artículos 67 y siguientes del CST, y que en virtud de ello, la convocada a juicio deba responder por las exigencias que se hacen en esta acción ordinaria.

De otro lado, es menester señalar que en efecto obra en el expediente certificación laboral de fecha 3 de agosto de 2009, en la que la fundación convocada a juicio, a través de su representante legal hizo constar que la señora Ana Isabel Guerrero Lancheros prestó sus servicios durante los años 1983 a 1984 como secretaria del colegio Kirpalamar y como auxiliar de farmacia en el centro médico del mismo nombre para los años 1986 a 1992 (Expediente electrónico, PDF 02DemandaAnexos, pág. 14), a pesar de ello, para esta sala de decisión no ofrecen ningún reparo las consideraciones efectuadas por la juzgadora de instancia en lo que a la valoración de esta prueba se refiere, como quiera que a esta documental no se le puede dar el alcance pretendido por la parte actora para declarar la anhelada relación laboral, en la medida que los establecimientos que allí se relacionan no pudieron ser de propiedad de la fundación demandada, pues tal y como fue expuesto anteriormente, solo hasta el 5 de mayo de 1998, fecha en que se registra su constitución ante la Cámara de Comercio, fue sujeto de derechos y obligaciones, por ello actos de enajenación no podían ser ejercidos con anterioridad.

Si bien, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, respecto al contenido de las certificaciones laborales ha indicado lo siguiente:

“El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial (...)” (Sentencias SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018)

Lo cierto es que, sin desconocer el criterio esbozado por la alta corporación, no resulta coherente dar por acreditada de la existencia de la relación laboral allí certificada, en primer lugar, porque para los periodos en los que se indica que la demandante prestó sus servicios, la Fundación Germán Duque Mejía no existía en el mundo jurídico, conforme se ilustró de forma pretérita, y aunado lo anterior, la prueba documental objeto de valoración señala únicamente que Ana Isabel Guerrero Lancheros prestó sus servicios para una institución educativa y un centro médico que llevan por nombre Kirpalamar, desconociéndose en este juicio si fueron personas jurídicas autónomas o independientes o establecimientos de propiedad de alguna persona natural o alguna sociedad comercial ajena a las convocadas a integrar el contradictorio.

Censura el recurrente que tampoco fue valorada la Resolución GNR 26893 del 23 de enero de 2017, expedida por Colpensiones, a pesar que la sentencia objeto de disquisiciones no hizo referencia alguna a esta prueba documental, su valoración no tiene el alcance suficiente para derruir tal providencia, como quiera que de acuerdo a la descripción de tiempos de servicio cotizados por la afiliada, hoy demandante, en el interregno del 1 de enero de 1983 al 31 de diciembre de 1992, solo se registran cotizaciones entre el 29 de marzo al 15 de agosto de 1990 con el empleador Duque Lizarazo Ltda. persona jurídica distinta a la aquí demandada.

En este mismo sentido, se tiene que el Ministerio de Trabajo en Resolución No. 16 del 22 de diciembre de 2011, impuso sanción a la Fundación Germán Duque Mejía, entre otros, por la no acreditación del cumplimiento de las obligaciones laborales respecto a la accionante Ana Isabel Guerrero Lancheros para el periodo comprendido entre el 1983 a 1992, no obstante, lo allí decidido no se acompasa con la realidad jurídica ventilada en este juicio, se itera, la Fundación Germán Duque Mejía no pudo fungir como empleador, por la potísima razón de su inexistencia para las fechas referidas en el libelo genitor.

Ahora, escuchada la declaración rendida por la representante legal de la llamada a juicio, se advierte que, contrario a lo afirmado por el recurrente, no se presenta confesión de ningún tipo en los términos del artículo 191 del CGP, como quiera ella fue enfática en manifestar que quien realizaba las contrataciones en el colegio era Carmenza de Guerra, quien era su rectora, institución educativa que a su vez tuvo vínculo con la sociedad Duque Lizarazo Ltda.

A contrario sensu, la promotora de la Litis, confiesa que el señor Germán Duque en calidad de representante legal de dicha sociedad, era quien impartía órdenes y realizaba los pagos de su salario; en este mismo sentido, se debe hacer hincapié que, los deponentes Nora Leal Bernal, Héctor Godoy y María del Carmen Leal, al unísono refirieron que tanto el colegio como la unidad médica en donde laboró la señora Ana Isabel Guerrero eran de propiedad de la sociedad Duque Lizarazo Ltda., persona jurídica que es totalmente distinta a quien se demanda en esta oportunidad.

De otro lado, el censor refiere al momento de formular el recurso de alzada que esta compañía y la Fundación Germán Duque Mejía eran parte de una misma empresa familiar, a pesar de ello, debe tenerse presente que estos argumentos no fueron planteados en el líbello inaugural, en tal sentido, debe precisar este colegiado que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Así, sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que *"se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."* (SL440-2021).

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

Así las cosas, como se dijo con antelación, pretende la parte actora que se declare una unidad empresarial entre la Fundación Germán Duque Mejía y la sociedad Duque Lizarazo Ltda., aspecto que no puede ser definido en este asunto, como quiera que la pretensión que ahora se persigue no se encuentra comprendida en el escrito primigenio y, por ende, tampoco fue discutida en las etapas del proceso, pues la génesis de la

controversia consistió en la declaración de una relación laboral y en la omisión en el pago de prestaciones sociales y cotizaciones en pensiones, entre otras, sin que el petitum de la demanda vaya dirigido a obtener tal declaración.

De igual modo, el apoderado judicial del extremo actor contó con las oportunidades legales que prevé el CPT y SS, en particular el artículo 28, que establece la reforma a la demanda, para incluir este pedimento, sin embargo, como no se hizo, mal podría ahora a través del recurso de alzada pedir que se realice el estudio de una pretensión que no fue enarbolada en la demanda ni incluida en las oportunidades legales.

Así las cosas, no hay lugar a que la Sala se pronuncie sobre aspectos que las partes no fundaron su disenso; y es que de hacerlo constituiría un quebranto a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política que le asiste a las partes en contienda.

En esa medida, advierte la Sala que ningún yerro cometió la Juez de primer grado al descartar que el aquí demandado actuó como empleador de la demandante, dado que para los periodos en los que se indica existió un vínculo laboral, la Fundación Germán Duque Mejía no existía jurídicamente.

Por manera que, al demandarse a una persona que para los años 1983 a 1992 no era sujeto de derechos y obligaciones, precisamente por su inexistencia, o por su no nacimiento a la vida jurídica, es claro que debe absolverse a la enjuiciada, tal como lo dedujo la juez primigenia, también se debe precisar que no resulta aplicable el contenido de lo dispuesto en los artículos 498 y 499 del Código de Comercio, en la medida que estos preceptos no han sido invocados por la convocante a juicio, pues no se plantea la configuración de un sociedad de hecho para estos interregnos, aunado lo anterior, conforme fue expuesto de manera pretérita, tanto la confesión realizada por la promotora de la Litis, así como los deponentes escuchados en juicio, apuntan a que el empleador de la señora Ana Isabel Guerrero era la sociedad Duque Lizarazo Ltda. para tales anualidades, persona jurídica que es totalmente distinta a quien se demanda en esta oportunidad.

Por lo hasta aquí expuesto, no le quede otro camino a esta Sala de decisión que confirmar la sentencia de primer grado.

4. Costas. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la demandante y a favor de la demandada Fundación Germán Duque Mejía, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

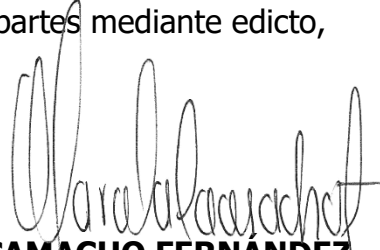
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

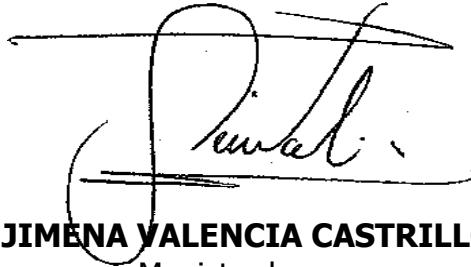
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de marzo de 2023, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandada y a cargo de Ana Isabel Guerrero Lancheros. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la **FUNDACIÓN GERMÁN DUQUE MEJÍA** y a cargo de **ANA ISABEL GUERRERO LANCHEROS**, en la suma de \$100.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ORLAN JOAQUÍN CÉSPEDES MARTÍNEZ
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A.
Radicación: 1100131050-14-2020-00242-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- ADICIONA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Orlan Joaquín Céspedes Martínez instauró demanda ordinaria en contra de Colpensiones y las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Skandia S.A. con el fin de que se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado del demandante al RAIS ante la omisión de la AFP Porvenir S.A. del deber de información, y como consecuencia, se declare la anulación por ineficacia de las posteriores afiliaciones horizontales realizadas a las AFPs Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Skandia S.A. Y, por consiguiente, se ordene a Colpensiones a inscribir sin solución de continuidad la afiliación del demandante en el RPMPD y se condene a las AFP demandadas a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, así como los demás dineros aportados por el señor demandante durante todo el tiempo en que ha estado afiliado al RAIS; que se condene lo ultra y extra petita; las costas y agencias en derecho que correspondan.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante en septiembre de 1996, en virtud de su contrato de trabajo prestaba sus servicios para la empresa SINCLAIR S.A. y nunca compareció a una oficina de Porvenir S.A. para solicitar el traslado de régimen de pensiones, que por el contrario, el asesor comercial de la AFP se trasladó hasta su lugar del trabajo, con el único objetivo que se trasladara al RAIS; refiere también que, el asesor comercial en septiembre de 1996 no conocía su situación pensional real e individual; para febrero del año 2000 se afilió a Colfondos S.A., y posteriormente se trasladó a Skandia S.A.; sostuvo que no se le advirtió sobre los riesgos que existían por trasladarse al RAIS; para el 12 de febrero del 2020 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones y las AFP demandadas, reclamaciones que fueron respondidas de manera negativa (Expediente electrónico, PDF 08SubsanacionDemanda, Pág. 03 a 19).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 12, auto admite demanda, notificación a la agencia Nacional de defensa jurídica del Estado); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. La demandada se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones propuestas en el escrito de la demanda por carecer de sustento fáctico y legal, argumentando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al haber suscrito de manera voluntaria, consciente y sin presiones su afiliación a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. por lo cual, considera la AFP que mal se haría en declarar la nulidad o la ineficacia de la afiliación. Además, precisó que a la fecha el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de la ley 797 del 2003; Adicionalmente, indica que, al haberse suscrito de manera voluntaria, consciente y sin presiones su afiliación a las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Skandia S.A. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad Sui Generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciona el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 16. Contestación Colpensiones. Pág. 02-26).

3.2. Porvenir S.A. La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, argumentando que el traslado de régimen pensional del demandante fue completamente válido, toda vez que el demandante no aportó pruebas que permitan indicar que su traslado se dio bajo algún vicio del consentimiento que dé lugar a concluir que el traslado es nulo o ineficaz; por otra parte, precisa la AFP que al momento en el cual se realizó el traslado le informó al actor, entre otras cosas, sobre el régimen de transición, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual (110% del valor del salario mínimo y sometida a la realización de un cálculo actuarial), que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales, a su cuenta, que tendría derecho a bono pensional, si había aportado 150 semanas dentro de los tres años anteriores al traslado de régimen pensional, y que su vinculación al RAIS era completamente voluntaria, brindando de esta forma información pertinente y necesaria, por lo que, resulta improcedente ordenar gestiones administrativas, como lo son el traslado del capital y rendimientos financieros acumulados, e incluso de los intereses reclamados para anular el traslado. Como excepciones de fondo interpuso las que denominó como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 13ContestaciónPorvenir. Pág. 02 a 34).

3.3 Skandia S.A. La llamada a juicio contestó la demanda oponiéndose a la declaratoria de ineficacia del traslado realizado por el accionante a Skandia S.A. argumentando que el actor al momento de afiliarse con la AFP, venía de estar afiliado en Porvenir S.A. y en Colfondos S.A., por ende, ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes del régimen pensional al cual pertenecía, por lo cual, la asesoría en el caso particular, se tomaba más como una reafirmación de los argumentos ya conocidos por él, esto es los relacionados con las características en materia pensional y la única diferencia es que se podría registrar entre las mismas, son las relacionadas con la rentabilidad. Como excepciones de fondo interpuso las que denominó como Skandia S.A. no participó ni interviene en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este

proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica. Adicional a ello, Skandia S.A. aprovechó la oportunidad de la contestación para realizar el llamamiento en garantía a la aseguradora Mapfre S.A. (Expediente electrónico, PDF 15. Contestación Skandia S.A. Pág. 03-25, Llamamiento en garantía. Pág. 65-68).

3.4 Colfondos S.A. La llamada a juicio presentó oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas en las que se involucra a la demandada, argumentando que la AFP cumplió con sus deberes de información al momento de darse el traslado efectuado a Colfondos S.A.; por lo cual, precisó que al actor sí se le brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Por ello, considera que la pretensión que se encuentra guiada a la declaración de la ineficacia carece de fundamento jurídico y asidero fáctico, debido a que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y, en segundo lugar, fue suscrito formulario de vinculación al RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso. Como excepciones de fondo interpuso las que denominó como inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Expediente electrónico, PDF 24ContestaciónColfondos, Pág. 01-19).

3.5 Mapfre S.A. El llamamiento en garantía fue admitido el 15 de junio de 2022 y notificado en debida forma a esta sociedad. La empresa aseguradora contestó el llamamiento en garantía oponiéndose a las pretensiones de la demanda y en especial las que se proponen por el llamante en garantía, pues, esta carece del derecho que dé amparo a sus aspiraciones. De otro lado, argumenta que la aseguradora que la declaratoria de ineficacia es improcedente por cuanto realizó varias afiliaciones con fondos privados, cumpliendo Skandia S.A., con sus deberes de información en consideración al traslado voluntario que realizó el afiliado y a la época en la que ocurrió. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como el acto jurídico de la afiliación al RAIS, y el de sus posteriores traslados a otras AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad" sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles, la inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a "Skandia S.A.", legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional por estar en el periodo de carencia y el reconocimiento oficioso de excepciones.

Respecto al llamamiento en garantía manifestó Mapfre S.A. que, en caso de una improbable sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, al deducirse la relación material entre la llamada garantía y Skandia S.A. la misma se desestime, por lo que Mapfre S.A. se opuso a la pretensión encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado con la aseguradora. Como excepción del llamamiento en garantía interpuso las que denominó como frente a la acción material ejercida por el demandante, la AFP Skandia S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a "Mapfre S.A.", Mapfre S.A. no se encuentra obligada,

en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP Skandia y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones. (Expediente electrónico, PDF 28. Contestación y llamamiento en garantía Mapfre S.A. Pág. 01-26)•

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de abril del 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante, del RPMPD al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia los horizontales que realizó hacia la AFP Colfondos S.A. y la AFP Skandia S.A., señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones; Como consecuencia de lo anterior, condenó a la AFP Skandia S.A., donde se encuentra actualmente afiliado el actor, a trasladar a Colpensiones, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, sumas debidamente indexadas, obligación que también recae en la AFP Porvenir S.A. y la AFP Colfondos S.A.; negó la pretensión incoada por la AFP Skandia S.A. en contra de la aseguradora Mapfre S.A.; condenó en costas de la acción a las partes demandadas; y condenó en costas del llamamiento en garantía a la AFP Skandia S.A. a favor de la aseguradora llamada en garantía.

Sostuvo que existía una línea jurisprudencial sentada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha determinado en sentencias SL 1688-2019 SL 4811-2020 y SL 287 2021, entre otras, que se generaba la consecuencia de la ineficacia del traslado ante el incumplimiento del deber de información por parte de las AFP, toda vez que por mandato legal éstas tenían la carga de ilustrar a sus posibles afiliados y con antelación al acto de traslado, de manera cierta, comprensible y oportuna, sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Expuso que, de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se extraían como reglas judiciales que (i) no era necesario que el afiliado fuera beneficiario del régimen de transición para que surgiera la obligación de suministrar la información debida al momento del traslado, debido a que ello era un requisito para la eficacia del acto; (ii) que la AFP tenía la carga el cumplimiento del deber de información cuando se hiciera el cambio de régimen; (iii) que si el afiliado afirmaba no haber recibido la ilustración debida, ello correspondía a un supuesto indefinido que tendría que ser desvirtuado por la AFP a través de medios de convicción suficientes que comprobaran la entrega de una información en los términos previamente indicados y (iv) que ello no se satisfacía a través de allegar al plenario formularios preimpresos en razón a que si bien ese documento acreditaba la existencia de un consentimiento libre de vicio, no demostraba el de uno informado. De igual forma, sostuvo que el deber de información existe desde su creación y se encontraba previsto en la Ley 100 de 1993, entre otras disposiciones normativas, que acogía el carácter vinculante de la jurisprudencia previamente mencionada, por lo que lo procedente era estudiar si en el caso bajo estudio, el traslado de la demandante obedeció a una decisión informada, que de acuerdo al momento en que ocurrió, estuviese precedida de una ilustración sobre las condiciones, implicaciones, efectos y riesgos de tal acto.

Indicó que, el señor Céspedes se trasladó inicialmente a la AFP Santander hoy Porvenir S.A., quien no allegó ningún elemento probatorio que demostrara que cumplió con el deber de información, es decir, que le hubiese ilustrado al actor sobre las características, diferencias de cada régimen, los riesgos y beneficios de su cambio. De igual forma, expuso que, del interrogatorio de parte absuelto por el afiliado no se obtuvo confesión alguna de la cual pudiera beneficiarse la AFP, por el contrario, él ratificó las omisiones en que incurrió esta demandada al momento del traslado, relacionadas con la falta del deber de información, pues se le trasladaron unos datos aislados, insuficientes e incompletos, sin que se le explicara concretamente sobre las condiciones y características para adquirir el derecho a la pensión en uno y otro régimen, modalidades de pensión, sistema de liquidación y financiación, entre otros aspectos relevantes y se indujo el traslado aduciendo que el ISS iba a desaparecer. A sus vez, indicó que el formulario de afiliación no demostraba el cumplimiento del deber de información y los traslados horizontales realizados por el actor no convalidaban el deber de información, por lo que, lo procedente era declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS con Porvenir, así como los traslados realizados con posterioridad.

Frente al llamamiento en garantía, consideró que esta debía ser desestimada, como quiera que en el acto de traslado no intervino la aseguradora, por lo cual, no puede endilgársele ninguna responsabilidad Mapfre S.A., más aun cuando su conducta no generó la sanción impuesta en la sentencia, además, la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte del demandante surgen en virtud del contrato previsional en los términos de los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, cubrió en su momento los riesgos asegurados, por lo que no se le puede imponer la carga de la devolución de una prima de seguro. De acuerdo con lo anterior, absolvió a la aseguradora de las pretensiones del llamamiento realizado por Skandia.

Finalmente, señaló que, con esta determinación no se afectaba la sostenibilidad del sistema, debido a que se está ordenando la devolución de los aportes efectuados por la demandante y son estos recursos los que ayudarán a financiar su pensión de vejez y respecto a la excepción de prescripción, explicó que como quiera que el asunto debatido comprometía aspectos inherentes al derecho a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible, pues conforme ha sido sostenido por la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia del traslado podía ser solicitada en cualquier tiempo.

5. Impugnación y límites del ad quem.

Porvenir S.A. interpone recurso de apelación con el fin de que se revoque la decisión de primera instancia, argumentando que, si bien, existe una línea jurisprudencial respecto a la falta de información en los traslados de régimen pensional, no es menos cierto que la corte también advierte que este precedente debe ser aplicado de manera diferenciada teniendo en cuenta los supuestos fácticos de cada caso, siendo que en este no aplica toda vez que el demandante se trasladó al RAIS de manera válida teniendo en cuenta las cargas normativas impuestas a los fondos en el momento en el cual se realizó la afiliación del accionante al RAIS; que al momento de ingresar el demandante a Porvenir S.A. la entidad le brindó la información de manera clara y precisa con respecto a las características, ventajas y desventajas del RAIS, por consiguiente la afiliación fue informada y voluntaria, teniendo como prueba de ello el formulario suscrito por la parte actora. A su vez, señala que no es coherente disponer la devolución de los rendimientos, como quiera que ellos son el fruto de la gestión realizada por la AFP, por lo que al declararse la ineficacia estos conceptos no deberían ser retornados y con ello se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

De otro lado, refiere que el Decreto 3995 de 2008, establece cuales son los conceptos que deben ser trasladados y por ello, no es dable que se incluyan conceptos que no se encuentran allí relacionados. De igual forma, sostiene que no hay lugar a la indexación de estos dichos conceptos, en vista que fueron generados rendimientos y con ello, no se genera pérdida del poder adquisitivo.

Finalmente, expone que debe desestimarse la imposición de la condena en costas, como quiera que la entidad concurre al proceso en ejercicio del derecho de defensa.

Skandia S.A. Presentó recurso de apelación en contra de la orden de devolución de los gastos de administración y primas, como quiera que en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, a los fondos se les autoriza realizar descuentos del valor del aporte, los cuales también se descuentan en el RPMPD y que dichos gastos se utilizan para poder administrar de manera correcta los aportes realizados por el afiliado a la AFP, debido a ello es improcedente solicitarlos, toda vez que estos dineros no los posee Skandia S.A. sino que fueron usados y aprovechados para el bienestar del afiliado; aparte de ello, los gastos en seguros previsionales fueron aportados a la aseguradora, en este Mapfre S.A. por lo que tampoco se encuentran en poder de la AFP. Que si de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condene a la aseguradora a devolver dichos dineros a Colpensiones. De otro lado, sostiene que tampoco resulta procedente ordenar la indexación de estos conceptos, en la medida que no fue solicitada en libelo demandatorio y por ello, no se pudo oponer frente a ello.

Colpensiones: Presenta recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia argumentando que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica objetiva, y que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico celebrado entre el actor y las AFP del RAIS, y que por este motivo la entidad no puede ser ni perjudicada ni favorecida en la sentencia dictada, sin embargo, con la sentencia proferida estaría afectando de manera directa a Colpensiones, toda vez que habría una grave afectación a la sostenibilidad financiera de Colpensiones y sus afiliados.

De otro lado, sostiene que el demandante se encuentra inmersos en una prohibición legal para trasladarse de régimen, como quiera que se encuentra a menos de 10 años para pensionarse, por lo que solicita que, en caso de confirmarse la sentencia, se disponga que la AFP que incumplió su deber legal de información del afiliado pague los perjuicios económicos que se generan, como quiera que quien causa un daño está obligado a repararlo.

6. Alegatos de conclusión. La parte demandante alegó en su favor solicitando que se confirme la sentencia apelada, teniendo en cuenta para ello el precedente establecido por la CSJ. De otro lado, Colpensiones petitiona que se revoque en su integridad la sentencia, bajo el argumento que existe prohibición legal para que se efectúa el traslado del actor, adicional a que no ha sido demostrado ningún vicio del consentimiento.

Porvenir por su lado, sostiene que debe revocarse la sentencia objeto de censura, teniendo en cuenta que el traslado del actor al RAIS se produjo de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley. Finalmente, MAPFRE solicita que se mantenga inalterable la decisión tomada por el a quo en cuanto en cuanto a la absolución del llamamiento en garantía.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Orlan Joaquín Céspedes Martínez se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 26 de agosto de 1986, con cotizaciones hasta el 30 de octubre de 1996 (Expediente electrónico, PDF. 15.Pág 41-42 Historia laboral Skandia S.A.); que el 04 de septiembre de 1996 firmó formulario de traslado al RAIS con la AFP Porvenir S.A. (Expediente electrónico, PDF 13ContestacionPorvenir, Pág. 35), iniciando cotizaciones desde el 01 de noviembre de 1996 hasta el 31 de enero del 2000 (Expediente electrónico, PDF. 15.Pág 43-44.); que el 01 de febrero del 2002 comenzó a cotizar en la AFP Colfondos, teniendo cotizaciones hasta el 30 de diciembre del 2015 (Expediente electrónico, PDF. 15, pág. 44-47); que el 01 de enero de 2016 se afilió a Skandia S.A., administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente. (Expediente electrónico, PDF 15 pág. 44-49 Historia laboral Skandia S.A.).

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

además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 04 de septiembre de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

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

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual

no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

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

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen”***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Porvenir S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 04 de septiembre de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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

los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del promotor de la contienda es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

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

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

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

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

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022, sin que

exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, así como tampoco se incluye dentro de la condena a las AFP Porvenir S.A. a dicha devolución, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Aunado a ello, se ordenará que los mismos sean devueltos debidamente indexados.

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

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

11. Devolución gastos en seguros previsionales a cargo de Mapfre S.A. Si bien, Skandia no cuestiona los racionamientos efectuados por el juzgador de primer conocimiento, en lo que al llamamiento en garantía se refiere, si solicita que se disponga que la aseguradora realice la devolución de los gastos de los seguros previsionales, sin embargo, dicho argumento no puede ser acogido por esta colegiatura, en la medida que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, autorizó a dicho fondo a contratar seguros para cubrir las contingencias de los riesgos de invalidez y sobreviviente, para lo cual debía sufragarse con un porcentaje del aporte pensional que realice el actor; ello por sí solo no evidencia que dicha aseguradora tenga como función garantizar patrimonialmente, ninguna obligación que se contraiga a través de este juicio o que a su turno tenga que responder por los perjuicios que se llegaren a causar de la sentencia, como quiera que aquella solo le compete amparar riesgos de invalidez y sobrevivencia que como consecuencia de la afiliación del promotor del proceso al fondo de pensiones codemandado, éste último tenga que sufragar.

12. Perjuicios económicos. Peticionó Colpensiones que, en caso de confirmarse la sentencia, se disponga que la AFP que incumplió su deber legal de información del afiliado pague los perjuicios económicos que se generan, como quiera que quien causa un daño está obligado a repararlo.

Sobre este asunto en particular, debe indicarse que dicha solicitud no puede ser definido por esta corporación en esta oportunidad, como quiera que la pretensión que ahora se persigue no fue planteada en las oportunidades legales que prevé el CPT y SS, en particular el artículo 75, que establece la demanda de reconvención y, por ende, tampoco fue discutida en las etapas del proceso, pues la génesis de la controversia consistió en la

declaratoria de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS. Ahora bien, al no haber hecho uso de este medio de defensa judicial, mal podría la entidad pública a través del recurso de alzada pedir que se haga el estudio de una pretensión que no fue enarbolada ni incluida en las oportunidades legales.

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

14. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra Porvenir S.A., tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

15. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A., y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 28 de abril del 2023, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a las AFPs Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Skandia S.A. para que, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numerales, también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deberán asumir sus propias utilidades, debidamente indexados, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

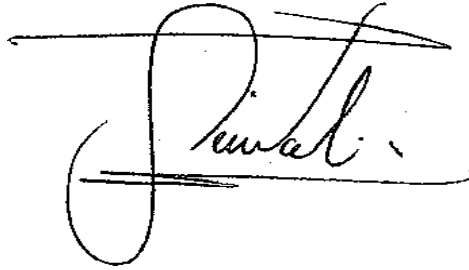
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



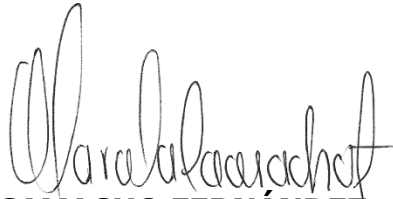
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000, a cargo de cada una de ellas.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DIANA MARGARITA GÓMEZ POSADA
Demandados: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 110013105-024-2019-00711-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Diana Margarita Gómez Posada instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Protección S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación de la demandante a Protección S.A. realizada el 17 de mayo del año 2000, y a través de la cual se trasladó del RPM administrado por Colpensiones al RAIS; y que como consecuencia de ello, se declare válida y vigente su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, en consecuencia, solicita que se condene a dicha administradora a recibir a la demandante como afiliada cotizante; se condene a Protección S.A. a liberarla de sus bases y devolverle todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación junto con las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil; las costas procesales y agencias en derecho a las que hubiere lugar; lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 20 de mayo de 1964, se afilió al RPM por medio del ISS, hoy Colpensiones, desde el 25 de junio de 1985 con el empleador CIIA Nacional de Leasing S.A. y que continuó cotizando allí hasta el 17 de mayo del año 2000, fecha en la cual se trasladó al RAIS por medio de la AFP Protección S.A., afiliación que no se encontró precedida de una información clara, completa y veraz sobre las características, ventajas y posibles desventajas que conlleva el traslado de régimen pensional; el 18 de septiembre del 2019 tramitó solicitud de nulidad de traslado de régimen ante Colpensiones, solicitud que le fue negada el 20 de septiembre del 2019; el 19 de septiembre de 2019 tramitó ante Protección S.A. solicitud de nulidad de traslado, solicitud que le fue negada el 10 de octubre del 2019. (Expediente electrónico, PDF 01Expedientedigital, Pág. 03 a 27 y 111)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 01, Pág 114-115); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta la demandada se opuso a todas y cada una de las peticiones formuladas por la parte demandada por carecer de fundamentos de orden legal, por lo cual deberían ser desestimadas en el proceso adelantado. Argumentó que, si bien Colpensiones desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría; que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, y asegura que en el acervo probatorio no reposa prueba de lo contrario por lo cual, no demuestra que se presenta algún vicio en el consentimiento al momento de la afiliación al RAIS por medio de la AFP Protección S.A. que llegue a invalidar la misma; trae a colación que en el negocio jurídico realizado por la accionante y la AFP, Colpensiones es un tercero de buena fe, quien no puede ser afectado con la decisión que decida tomar el a quo. Interpuso como excepciones de mérito las que denominó como la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adiciona el Art.48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causas para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 01 pág. 120-150 contestación Colpensiones)

3.2 Protección S.A. La AFP demandada respondió la demanda oponiéndose a cada una de las declaraciones que involucre directamente a la AFP, argumentando que el acto realizado entre la AFP y la demandante es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, que como prueba de ello se puede observar el formulario de vinculación suscrito por la parte actora, por medio del cual se puede observar que dicho acto se realizó de forma libre y espontánea, solemnizando de esta forma su afiliación, acto que tiene naturaleza de un verdadero contrato entre la accionante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto de la AFP como de la afiliada; argumenta que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuando de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Como excepciones de mérito la inexistencia de la obligación y a falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 04 pág. 02-23 contestación Protección S.A.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de junio del 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la vinculación de la demandante al RAIS a través de la AFP Protección S.A.; declaró que para todos los efectos legales la demandante nunca se vinculó al RAIS, y, contrario a ello, siempre permaneció en el RPM; ordenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante al RAIS, ello significa que debe trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantías de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados; ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante como su afiliada, y a su vez actualizar y corregir la historia laboral una vez le sean trasladados los dineros por parte de Protección S.A.; no condenó en

costas en esta instancia; declaró no probados los hechos sustentados en las excepciones planteadas por las demandadas.

La quo fundamentó su decisión en que conforme los criterios jurisprudenciales expuestos por la Corte Suprema de Justicia, las administradores del sistema de seguridad social en pensiones, desde el momento de su creación, deben dar a conocer a los afiliados los regímenes pensionales existentes, así como sus beneficios y sus desventajas, al punto de llegar a desanimar al interesado y su incumplimiento total o parcial se traduce en la ineficacia de su vinculación, soportando las administradoras de pensiones la carga de la prueba en los términos del artículo 167 del CGP, debiendo demostrar que al momento de la vinculación brindó al futuro afiliado la información clara, completa y comprensible sobre la trascendencia de la decisión que se estaba adaptando, para el efecto encontró acreditado que la accionante suscribió formulario de vinculación el 17 de mayo de 2000, con la AFP Santander hoy Protección, pese a ello, consideró que el fondo demandado no logró acreditar el cumplimiento del deber de información pues dicho documento únicamente refleja la suscripción mecánica del documento de manera libre, espontánea y sin presiones, más no que se hubiera suministrado información de manera verbal, por lo que al no verificarse el cumplimiento del deber legal, declaró la ineficacia de la afiliación, junto con la devolución por parte de AFP Santander hoy Protección, de los aportes realizada por la afiliada, más los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades. A su vez, señaló que no existe vulneración del principio de sostenibilidad financiera, en la medida que se ordena la devolución de estos conceptos.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que respecto a la declaratoria de ineficacia dicho derecho era imprescriptible, en tanto se trataba de una pretensión meramente declarativa y los derechos que surgen de ella tienen igual connotación, como los son los gastos de administración, toda vez que los mismos forman parte inescindible del derecho irrenunciable a la seguridad social.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia argumentando que para la fecha en que la demandante realizó el traslado, se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993 y el único requisito exigido para los fondos era la suscripción del formulario de afiliación, el cual no fue tachado de falso, adicionalmente, la AFP cumplió con el deber de información y buen consejo que le asistía. De otro lado, refiere que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado, por lo que aceptar la devolución de la señora Gómez al RPM, quebrante el principio de sostenibilidad financiera, dado que ella no contribuyó con el financiamiento de su pensión, ni el de los demás afiliados.

6. Alegatos de conclusión. Colpensiones hace uso de su derecho a alegar, reafirmando los argumentos de la impugnación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor, en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se tiene probado que la señora Diana Margarita Gómez Posada se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde el 08 de abril de 1985, y que cotizó en dicho régimen hasta 31 de mayo del 2000 (Expediente electrónico, PDF 03. Historia laboral Colpensiones); que el 17 de mayo del 2000 firmó la solicitud de vinculación a la AFP Santander, hoy Protección S.A. (Expediente electrónico, PDF 04. Solicitud de vinculación); afiliación que se hizo efectiva el 01 de junio del 2000, fecha en la cual comenzó a cotizar en dicha AFP, cotizaciones que se mantienen hasta la fecha. (Expediente electrónico, PDF 04 pág. 25-41, Historia laboral Protección S.A.).

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Santander hoy Protección S.A., esto es, el 17 de mayo del 2000, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la promotora de la contienda una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

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

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

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

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

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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

“la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin

importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional”.

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido.

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

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

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones., y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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

RESUELVE

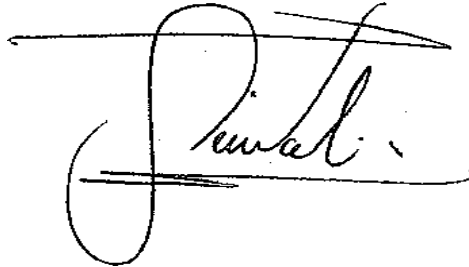
PRIMERO: ADICIONAR al numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 27 de junio del 2023, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, para que si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, los descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, debidamente indexados, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera se confirman.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARÍA GRISELDA VERGARA PINEDA
Demandada: ALBERTO ALONSO ACOSTA
Radicado No.: 39-2018-00046-01
Tema: CULPA PATRONAL– APELACIÓN DEMANDADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Griselda Vergara Pineda instauró demanda ordinaria contra Alberto Alonso Acosta, con el propósito de que se declare que entre Santiago Arredondo Nava y el demandado, como propietario del establecimiento de comercio denominado La Pollería Restaurante Parrilla, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde 9 de agosto de 2015 al 11 de octubre de 2015, por muerte del trabajador en accidente de trabajo. Pidió se declare la responsabilidad pasiva del encartado en el fallecimiento del trabajador que se produjo por falta de medidas de prevención e incumplimiento de las normas de salud ocupacional. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó sea condenado a pagar la indemnización total y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., junto con las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que estableció convivencia permanente de pareja con Santiago Arredondo Nava, quien falleció el 11 de octubre de 2015 y sostuvo con Alberto Alonso Acosta, propietario del establecimiento de comercio denominado La Pollería Restaurante Parrilla, un contrato de trabajo verbal a partir del 9 de agosto de ese mismo año, para desempeñar la labor de mensajero con moto y oficios varios, devengando un salario mensual de \$644.350, más rodamiento por la suma de \$300.000.

Explicó que Santiago Arredondo Nava tuvo un accidente de tránsito el 11 de octubre de 2015, fecha para la cual estaba realizando su labor de mensajero, lo cual le produjo la muerte instantánea. Refirió que el fallecido nunca fue afiliado al sistema integral de seguridad social, ni el empleador le entregó dotación requerida para efectuar trabajo de mensajero, como guantes de protección, rodilleras, canilleras, coderas y un casco de moto apropiado. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado1AI128, págs. 64 a 66).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, aduciendo que efectuó contrato de transacción y/o conciliación laboral con los beneficiarios del señor Santiago Arredondo Nava el 22 de septiembre de 2016, del que se desprende que se liquidaron y pagaron todos aquellos derechos a los que tuvo lugar el fallecido por la vinculación que sostuvo con el demandado.

Frente a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2º, 3º, 5º y 6º relacionados con que el señor Santiago Arredondo Nava falleció el 11 de octubre de 2015, con quien sostuvo un contrato de trabajo verbal a término indefinido y tuvo un accidente de tránsito al efectuar su labor de mensajero que le costó la vida. Admitió parcialmente la situación fáctica narrada en el numeral 4º aduciendo que el vínculo laboral inició el 12 de agosto del mismo año, quien devengaba un salario mínimo legal mensual vigente, recibiendo una suma por concepto de rodamiento para el sostenimiento de la moto. Atinente a los demás señaló no constarle o no ser ciertos y en su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por activa y pago oportuno. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado1A1128, págs. 132 a 138).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de marzo de 2023, en la que la falladora declaró la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido entre Santiago Arredondo Nava y Alberto Alonso Acosta, como propietario del establecimiento de comercio denominado La Pollería Restaurante Parrilla, desde 12 de agosto al 11 de octubre de 2015. En consecuencia, condenó al convocado a juicio al pago de daños y perjuicios causados a María Griselda Vergara Pineda, con ocasión de la muerte del trabajador, junto con las costas del proceso. Así mismo, ordenó la compulsión de copias a la Fiscalía General de la Nación, para que investigue la presunta conducta cometida por José Jesús Arredondo Nava con ocasión de las manifestaciones expresadas en declaración extrajudicial vertida bajo juramento el 20 de noviembre de 2015 ante la Notaría 1ª del Círculo de Bogotá.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que debía dilucidar, entre otras cosas, si en el accidente acaecido el 11 de octubre de 2015 existió culpa del empleador y si hay lugar al pago de la indemnización prevista en el artículo 216 del C.S.T. Con tal propósito, tuvo como hechos indiscutidos dentro del proceso que entre el demandado y Santiago Arredondo Nava existió un contrato de trabajo verbal que rigió a partir del 12 de agosto de 2015 y que finalizó producto del fallecimiento que se produjo con ocasión al siniestro vial ocurrido en la citada fecha y mientras estaba efectuando labores de mensajería.

Luego de establecer la legitimidad en la causa por activa de la demandante, así como los efectos de la transacción celebrada por la progenitora y hermanos del fallecido, y los antecedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en lo que hace a la culpa subjetiva del empleador, acudió a los medios probatorios practicados en el proceso, para a continuación precisar que como el empleador aceptó el deceso del trabajador producido el 11 de octubre de 2015, como consecuencia de un siniestro vial que aconteció cuando estaba laborando, debía tener como probado el accidente de trabajo.

En lo que hace a la culpa del patrono explicó que la carga de la prueba en aquellos casos en que la activa atribuya una omisión al empleador en la ejecución de medidas de seguridad, corresponde a éste aportar medios de convicción tendientes a demostrar que sí adoptó medidas de protección y seguridad del trabajador, que para los mensajeros atañen a lo estipulado en la Ley 769 de 2002, Circular 001 del 17 de junio de 2003 emitida por la Dirección General de Riesgos Laborales y Decreto 1072 de 2015.

Bajo ese horizonte, estimó que el demandado no aportó prueba documental con miras a acreditar que tuvo la mínima diligencia de cuidado sobre las medidas y seguridad en el trabajo, amén de que se exculpa indicando que la moto era de propiedad del trabajador fallecido y por ello debía proveer los elementos de seguridad necesarios para el cumplimiento de la labor contratada, lo que a todas luces refleja la transgresión de las normas que sobre la materia trajo a colación, pues como empleador debía velar porque

su subalterno en el cumplimiento de sus labores cuente con los elementos de seguridad que le proporcione la protección requerida en la actividad laboral y capacitarlos sobre su buen uso.

Agregó que, aunque el empleador le entregó el uniforme de dotación al fallecido, empero no le suministró los elementos de protección que resultaban necesarios para la conducción del vehículo, lo cual por sí solo es una actividad peligrosa, de manera que debió velar que este tipo de peligro no resulte mayor ante la ausencia de elementos de seguridad. Dijo que, si bien el convocado a juicio se exculpa en que el accidente de trabajo fue por causas atribuibles al colaborador, no obstante, de cara a la sentencia de radicado 2335 de 2020, la concurrencia de culpa no exime la responsabilidad del empleador.

Con todo lo anterior, estimó probado el segundo elemento de la responsabilidad subjetiva, esto es, la culpa patronal en el accidente de trabajo ocurrido el 11 de octubre de 2015, además, en lo que refiere al tercer elemento, esto es, el nexo de causalidad, dijo que éste aparece probado de cara al accidente de trabajo y el incumplimiento de los deberes propios del demandado quien debía velar por la seguridad y protección del trabajador, tal y como lo prevé los artículos 56 y 57 del C.S.T., lo que daría lugar a tasar los perjuicios irrogados al empleador.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión el **demandado** formuló recurso de apelación esgrimiendo que los testigos manifestaron que suministró los elementos de trabajo que el fallecido necesitaba para operar su labor, aspecto que omitió la A quo, al igual que valorar el documento del primer respondiente y donde está señalada la causa por la cual se produjo el fallecimiento del trabajador. Dijo que la juez de conocimiento no tuvo en cuenta que es *“una señora que se ve claramente que armó todo desde el comienzo, que tenía los presupuestos marcados y tal y como lo dijo el testigo Santiago Arredondo, fue una situación que fue amañada y amarrada y que fue protagonizada incluso por un abogado que los acompañó en la notaría y así como esa declaración juramentada que hizo Santiago, José de Jesús Arredondo, también pudo haberse producido con las demás declaraciones a las cuales la señora Juez le dio criterio suficiente para fallar y con esto desmeritar de una u otra manera todos los presupuestos que hemos señalados nosotros en la defensa de mi prohijado, entonces, esto que se constituya como base fundamental que la señora Juez, tomando las pruebas le da un criterio diferente al que se le debe dar, para tomar un fallo, digamos, que contrario a lo que debería ser”*.

5. Alegatos de conclusión. El **demandado** alegó en su favor solicitando que se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, como quiera que no basta con afirmar un hecho para que el juzgador pueda conceder el derecho pedido; para ello, se requiere que el interesado aporte los elementos de juicio que indiquen que lo afirmado en la demanda, se aplica todos los preceptos normativos acordes al caso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el demandado se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por el recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente: ¿Al señor Alberto Alonso Acosta le asiste responsabilidad a título de culpa patronal en el accidente de trabajo que trajo consigo la muerte del trabajador Santiago Arredondo Nava o por el contrario demostró que actuó con diligencia, cuidado y responsabilidad y, por tanto, el infortunio ocurrido fue por culpa exclusiva del trabajador, al no tomar las medidas tendientes a evitar el siniestro?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que entre Santiago Arredondo Nava y Alberto Alonso Acosta, se suscitó un contrato de trabajo desde 12 de agosto al 11 de octubre de 2015, tiempo en el cual el trabajador desempeñó el cargo de mensajero, devengando un salario mínimo legal mensual vigente y que estando en sus labores sufrió un accidente de origen laboral, que derivó en su fallecimiento en esa última calenda.

4. Responsabilidad subjetiva del empleador en el accidente de trabajo. Dicho lo anterior, es menester precisar que el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que cuando exista **culpa suficientemente demostrada** por parte del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe responder por la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Con el fin de establecer si existe culpa del empleador en el infortunio ocurrido en el marco de un contrato de trabajo, se debe comprobar más allá de cualquier duda razonable, que sus acciones u omisiones incidieron en el resultado que debió evitarse. En esa medida se exige demostrar en este tipo de procesos, además, de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo, la culpa suficientemente comprobada del empleador y la plena incidencia de esta inobservancia en la ocurrencia del siniestro, atendiendo la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización y, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro.

Lo anterior, significa que quien demanda la indemnización plena de perjuicios del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, requiere demostrar tres elementos: (i) la ocurrencia del siniestro o daño; (ii) la culpa del empleador y (iii) el nexo de causalidad entre la función desempeñada y el accidente de trabajo (SL 1679 – 2019).

En punto a la exigencia de demostrar la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, para hacer viable la indemnización ordinaria y total de perjuicios que regula el citado art. 216 del C.S.T., la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL13653-2015, sostuvo que esta carga probatoria se invierte al empleador cuando se le imputa una actitud omisiva como causante del accidente de trabajo:

« (...) esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que "...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo..." (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, ... ha dicho que a pesar de lo anterior "...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores" (CSJ SL7181-2015)», lo que quiere decir que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores».

De manera que, conforme al señalado criterio jurisprudencial, en principio la parte actora tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador, como fuente de la responsabilidad prevista en el artículo 216 de la norma adjetiva laboral; no obstante, cuando el trabajador o los afectados con el siniestro imputan al empleador el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y protección, la carga de la prueba queda

en cabeza del accionado, quien puede liberarse de la culpa que se le enrostra, acreditando diligencia y cuidado en la realización del trabajo, prueba que conforme al artículo 1604 del C.C. incumbe al que ha debido emplearlo.

Descendiendo al caso, los medios de convicción vertidos al proceso dan cuenta del suceso acontecido el 11 de octubre de 2015, el cual, según inspección técnica a Cadáver – FPJ – 10 – efectuado por Policía Judicial, fue producto de un accidente de tránsito que le produjo la muerte al señor Santiago Arredondo Nava. En la citada acta se resumió los hechos así:

Tercero realizamos una observación general la escena y se determina el método de ingreso método de búsqueda por franjas, se procede a numerar los EMP-EF (Elementos Materiales Probatorios y Evidencias Físicas). Encontrando como evidencia número uno (1) se halla un cuerpo sin vida de sexo masculino en posición de cubito abdominal, con la cabeza sobre su eje, orientada hacia el sur occidente y pies hacia el nor-orient, vestía pantalón en lino color negro, chaqueta color rojo con franjas color amarillo, sobre la chaqueta portaba cinta reflectiva de motociclista, zapatos de color café de amarrar, calcetines color gris, como evidencia número dos (02) se hayo un vehículo motocicleta de placa EMU 56C, en posición de volcamiento lateral izquierdo, como evidencia número tres (03) se hayo una mancha de combustible sobre la calzada al lado del vehículo motocicleta antes mencionado, como evidencia número cuatro (04) se hayo una huella de arrastre metálico de la trayectoria del vehículo motocicleta después del impacto, como evidencia número cinco (05) se hayo una huella de trayectoria en material suelto (tierra), como evidencia número seis (06) se hayo una huella de arrastre metálico y trayectoria, como evidencia número siete (07) se hayo en sentido sur a norte, una huella de trayectoria del vehículo de transporte público, conjunto de llantas traseras derechas, en material suelto (tierra), como evidencia número ocho (08) se hayo la farola del vehículo motocicleta implicado en el accidente, como evidencia número nueve (09) se hayo un vehículo bus de placas WDG 077, color azul, como evidencia número diez (10) se hayo sobre la calzada de la calle 74B en sentido oriente a occidente una huella de arrastre metálico, como evidencia número once (11) se hayo sobre la calzada de la calle 74 B, una huella de ronqueo o derrape. Las anteriores evidencias fueron fijadas fotográfica y planimetricamente.

Igualmente, se observa de la inspección técnica a Cadáver – FPJ – 10 – que el vehículo involucrado en el accidente de tránsito corresponde a rodante tipo vehículo motocicleta de placas EMU56C de propiedad del señor Santiago Arredondo Nava.

Así, desde el libelo genitor, la demandante le enrostra al dador del laborío responsabilidad en el citado siniestro dadas las omisiones y deficiencias en la prevención y ocurrencia de los riesgos asociados a la actividad en la que intervino el trabajador, esencialmente, la falta de protección, seguridad y de capacitación sobre los riesgos, no adopción de medidas de protección, falta de suministro de elementos de trabajo acordes a la actividad desplegada y capacitación sobre la labor encomendada.

Como se vio, la parte activa pretende imputar al empleador el incumplimiento a los deberes de protección y seguridad y, por ende, según la excepción a la regla general sobre la carga de la prueba en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo, corresponde, entonces, al enjuiciado demostrar diligencia y precaución tendiente a procurar la salud e integridad del trabajador o que las afectaciones alegadas *"no guardan relación de causalidad con la conducta, activa o pasiva, que se le endilga, bien sea porque se interpone la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, el caso fortuito o la fuerza mayor."* (SL4172-2021)

Bajo ese contexto, el demandado para liberarse de la responsabilidad que le atribuye la actora, en su defensa argumenta que el incidente se generó por culpa exclusiva del trabajador, debido a que éste omitió la señal del Pare que lo obligaba a detener el vehículo completamente para evitar el siniestro. A lo que sumó que el fallecido debía llevar elementos de seguridad necesarios para el cumplimiento de la labor contratada, debido a que el automotor era de su propiedad y, por ende, en él recaía la obligación de mantenerlos a efectos de evitar el riesgo de movilidad al que estaba expuesto al desplazarse en moto en función del trabajo. Finalmente, aduce en la alzada que pese a lo anterior suministró los elementos de protección.

Para probar lo dicho, adosó al plenario las testimoniales de los señores Ruth Sánchez Moreno y José de Jesús Arredondo Nava, quienes de entrada dirá la Sala que nada informaron acerca del respeto del accionado en el cumplimiento de las medidas de protección para con el trabajador.

En efecto, la primera de los testigos, esposa del demandado, indicó que el fallecido incumplió con las normas de tránsito lo que produjo el siniestro vial, además, afirmó que, pese a que no se hallaba al momento del suceso dentro de las instalaciones del establecimiento de comercio de propiedad del llamado a juicio, conoció que aquel le entregó elementos de protección tales como casco, guantes y uniforme. Mientras que el testigo Arredondo Nava, hermano del óbito, nada dijo sobre la observancia de las medidas de protección y seguridad para con el difunto.

Así entonces de un análisis integral y objetivo de los medios de prueba reseñados con anterioridad, se debe señalar que, si bien el dador de laborío resalta la adopción de procedimientos seguros, de protección y cuidado, entrega de elementos de protección personal, entre otras cosas, es evidente que no tomó todas las medidas necesarias tendientes a evitar las situaciones de riesgo ocupacionales en la actividad desplegada por el trabajador, aspecto que incidió finalmente en la ocurrencia del accidente de trabajo ocurrido el 11 de octubre de 2015 y que le condujo a su muerte.

Ello es así, por cuanto a que, como lo esbozó la A quo, si bien el empleador adujo que el fallecido asumió riesgos manifiestos y graves que le ocasionaron la muerte al incumplir con las normas de tránsito, lo cierto es que al efectuar el trabajador una actividad peligrosa, esto es, conducir un vehículo automotor para el desarrollo de su labor, le era imperativo al demandado el acatamiento irrestricto de la Resolución 2400 de 1979, según la cual, exige en cabeza del empleador (i) obligaciones especiales de capacitación, (ii) reglamentación en medicina, higiene y seguridad industrial, (iii) acatamiento en el cumplimiento de las obligaciones de salud ocupacional por parte de los trabajadores, (iv) aplicación y mantenimiento en forma eficiente de los sistemas de control necesarios para protección de los trabajadores, contra los riesgos profesionales y condiciones originados en las operaciones y procesos de trabajo, (v) instrucción adecuada a los trabajadores antes de que inicie la operación, sobre riesgos y peligros que puedan afectarles, sobre la forma, métodos y sistemas que deban observarse para prevenirlos o evitarlos, (vi) suministro de ropa de trabajo y equipos de protección adecuado, según los riesgos a que este expuesto y de acuerdo con la naturaleza del trabajo que realizó.

En ese mismo sentido, resulta pertinente traer a colación la Resolución 1016 de 1989, por medio de la cual se reglamenta la organización, funcionamiento y forma de los Programas de Salud Ocupacional que deben desarrollar los patronos o empleadores en el país, misma que resulta aplicable para la fecha en que aconteció el infortunio laboral, si se tiene en cuenta que el Decreto 1443 de 2014, fue derogado por el Decreto 1072 de 2015, que tiene aplicación sólo hasta el 31 de mayo de 2017 y por ende se encuentra en vigor la mentada resolución que señala que todos los empleadores están obligados a organizar y garantizar el funcionamiento de un programa de Salud Ocupacional (art. 1º), que consiste en la planeación, organización, ejecución y evaluación de las actividades de Medicina Preventiva, Medicina del Trabajo, Higiene Industrial y Seguridad Industrial, tendientes a preservar, mantener y mejorar la salud individual y colectiva de los trabajadores en sus ocupaciones y que deben ser desarrollados en sus sitios de trabajo en forma integral e interdisciplinaria (art. 2º). Como obligaciones dispone en el artículo 11 las principales actividades del subprograma de Higiene y Seguridad Industrial:

1. Elaborar un panorama de riesgos para obtener información sobre éstos en los sitios de trabajo de la empresa, que permita la localización y evaluación de los mismos, así como el conocimiento de la exposición a que están sometidos los trabajadores afectados por ellos.

2. Identificar los agentes de riesgos físicos, químicos, biológicos, psicosociales, ergonómicos, mecánicos, eléctricos, locativos y otros agentes contaminantes, mediante inspecciones periódicas a las áreas, frentes de trabajo y equipos en general.

3. Evaluar con la ayuda de técnicas de medición cualitativas y cuantitativas, la magnitud de los riesgos, para determinar su real peligrosidad.

4. Conceptuar sobre los proyectos de obra, instalaciones industriales y equipos en general, para determinar los riesgos que puedan generarse por su causa.

5. Inspeccionar y comprobar la efectividad y el buen funcionamiento de los equipos de seguridad y control de los riesgos.

6. Estudiar e implantar los sistemas de control requeridos para todos los riesgos existentes en la empresa.

7. Conceptuar sobre las especificaciones técnicas de los equipos y materiales, cuya manipulación, transporte y almacenamiento generen riesgos laborales.

8. Establecer y ejecutar las modificaciones en los procesos u operaciones sustitución de materias primas peligrosas, encerramiento o aislamiento de procesos, operaciones y otras medidas, con el objeto de controlar en la fuente de origen y/o en el medio los agentes de riesgo.

9. Estudiar e implantar los programas de mantenimiento preventivo de las máquinas, equipos, herramientas, instalaciones locativas, alumbrado y redes eléctricas.

10. Diseñar y poner en práctica los medios de protección efectiva, necesarios en los sistemas de transmisión de fuerza y puntos de operación de maquinaria, equipos y herramientas de trabajo.

11. Inspeccionar periódicamente las redes e instalaciones eléctricas locativas, de maquinaria, equipos y herramientas para controlar los riesgos de electrocución y los peligros de incendio.

12. Supervisar y verificar la aplicación de los sistemas de control de los riesgos ocupacionales en la fuente y en el medio ambiente y determinar la necesidad de suministrar elementos de protección personal, previo estudio de puestos de trabajo.

13. Analizar las características técnicas de diseño y calidad de los elementos de protección personal, que suministren a los trabajadores, de acuerdo con las especificaciones de los fabricantes o autoridades competentes, para establecer procedimientos de selección, dotación, uso, mantenimiento y reposición.

14. Investigar y analizar las causas de los accidentes e incidentes de trabajo y enfermedades profesionales a efectos de aplicar las medidas correctivas necesarias.

15. Informar a las autoridades competentes sobre los accidentes de trabajo ocurridos a sus trabajadores.

16. Elaborar, mantener actualizadas y analizar las estadísticas de los accidentes de trabajo, las cuales estarán a disposición de las autoridades competentes.

17. Delimitar o demarcar las áreas de trabajo, zonas de almacenamiento y vías de circulación y señalar salidas, salidas de emergencia, resguardos y zonas peligrosas de las máquinas e instalaciones de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.

18. Organizar y desarrollar un plan de emergencia teniendo en cuenta las siguientes ramas:

a. Rama preventiva

Aplicación de las normas legales y técnicas sobre combustibles, equipos eléctricos, fuentes de calor y sustancias peligrosas propias de la actividad económica de la empresa.

b. Rama pasiva o estructural

Diseño y construcción de edificaciones con materiales resistentes, vías de salida suficientes y adecuadas para la evacuación de acuerdo con los riesgos existentes y el número de trabajadores.

c. Rama activa o control de las emergencias

Conformación y organización de brigadas (selección, capacitación, planes de emergencia y evacuación), sistema de detección, alarma, comunicación, selección y distribución de equipos de control fijos o portátiles (manuales o automáticos), inspección, señalización y mantenimiento de los sistemas de control.

19. Estudiar y controlar la recolección, tratamiento y disposición de residuos y desechos, aplicando y cumpliendo con las medidas de saneamiento básico ambiental.

20. Promover, elaborar, desarrollar y evaluar programas de inducción y entrenamiento, encaminados a la prevención de accidentes y conocimientos de los riesgos en el trabajo.

21. Asesorar y colaborar con el Comité de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial de la empresa.

22. Elaborar y promover conjuntamente con los subprogramas de Medicina Preventiva y del Trabajo, las normas internas de Salud Ocupacional y el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial.

23. Elaborar y presentar a las directivas de la empresa para su aprobación el subprograma de Higiene y Seguridad Industrial y ejecutar el plan aprobado.

Por su parte, la Ley 9 de 1979, en su artículo 84, establece que los empleadores están obligados, entre otros a «c) Responsabilizarse de un programa permanente de medicina, higiene y seguridad en el trabajo destinado a proteger y mantener la salud de los trabajadores de conformidad con la presente Ley y sus reglamentación”, así como, «d) Adoptar medidas efectivas para proteger y promover la salud de los trabajadores, mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo».

En materia de circulación de vehículos, La Ley 1503 de 2011, por la cual se promueven la formación de hábitos, comportamientos y conductas seguras en la vía, aplicable al momento del deceso del causante, exigió a toda entidad, organización o empresa del sector privado o público que para cumplir sus fines misionales contrate o administre personal de conductores, deberá diseñar e implementar un Plan Estratégico de Seguridad Vial en función de su misionalidad y tamaño, de acuerdo con la metodología expedida por el Ministerio de Transporte y articularlo con su Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SGSST), lo cual tendrá como mínimo:

“1. Diagnóstico y caracterización de los riesgos de seguridad vial de la empresa, asociados a la flota de vehículos o al personal de conductores.

2. Capacitaciones en seguridad vial a los trabajadores de su entidad organización o empresa independientemente del cargo o rol que desempeñe.

3. Compromisos claros del nivel directivo de la entidad organización o empresa orientados al cumplimiento de las acciones y estrategias en seguridad vial.

4. Actividades de inspección y mantenimiento periódico a los vehículos de la entidad organización o empresa incluidos los vehículos propios de los trabajadores puestos al servicio de la organización para el cumplimiento misional de su objeto o función”.

Aunado a que el artículo 96 de la Ley 1239 de 2008, que modificó la Ley 769 de 2002, aplicable para el momento en que ocurrió el siniestro laboral, dispuso para el conductor y el acompañante como elementos de protección el casco conforme a la reglamentación que expida el Ministerio de Transporte, esto es, la Resolución 1737 de 2004, la cual reglamenta la utilización de cascos de seguridad para la conducción de motocicletas bajo la norma técnica colombiana NTCC533 (primera actualización), cuya directriz indica los requisitos que deben tener los cascos utilizados por los conductores y pasajeros de esta clase de vehículos automotores.

Aspectos que sin duda no se cumplieron por el convocado a juicio, pues ha de resaltarse que al ser la labor de mensajería una actividad peligrosa por la utilización de un vehículo automotor, como lo es la motocicleta, era a la parte demandada a quien le correspondía demostrar que cumplió con las obligaciones de cuidado y protección anotadas, y de ser menester, allegar medio de convicción tendiente a probar que interrumpió la actividad laboral ante el incumplimiento de tal preceptiva y que pese a ello el trabajador continuó realizando la labor, única forma válida de acreditar que actuó con la debida diligencia y precaución a la hora de resguardar la integridad de su colaborador, lo cual no quedó acreditado en el legajo en el que por el contrario, la Sala entrevé la existencia de la culpa patronal.

Por consiguiente, aunque el convocado aduce en su alzada que brindó los elementos de protección y seguridad en el trabajo, aspecto que es posible determinar con la prueba testimonial allegada al proceso; lo cierto es que, tal y como se dijo con anterioridad, este Tribunal no podría llegar a conclusión distinta, en tanto, que al evaluar el medio demostrativo, no se colige que la señora Ruth Sánchez Moreno haya tenido un conocimiento directo frente a la entrega de tales elementos, de ahí que mal haría la Sala otorgarle fuerza probatoria, al no tener una percepción directa del hecho sobre el que declaró, por tanto, su eficacia probatoria es reducida, máxime cuando no existe otro medio de persuasión con el cual se pueda corroborar su dicho, pues el señor José de Jesús Arredondo Nava, testigo de la parte demandada, ninguna mención dijo al respecto.

Además, olvida el empleador que la experiencia que pudo haber tenido el trabajador, no lo libera de su obligación de vigilar, controlar e inspeccionar al trabajador, en orden evitar que sufriera algún daño, pues tal, como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, *“así el trabajador se encuentre suficientemente capacitado, tenga amplia experiencia o existiera exceso de confianza de su parte, lo cierto es que el empleador no se libera de su obligación de vigilar e inspeccionar las condiciones de trabajo y, hacer cumplir las disposiciones de seguridad y salud en el trabajo (CSJ SL16102-2014, CSJ SL261-2019).”* (SL443-2021).

En consonancia con lo anterior, resulta diáfano concluir la falta de adopción de las medidas mínimas de seguridad en la labor dispensada por el trabajador, y si bien la defensa también va encaminada a exonerar su responsabilidad en la medida que aduce que el trabajador se encontraba obligado a proveerse los elementos de seguridad y protección al ser el propietario del rodante, lo cierto es que aquello no tiene connotación suficiente para que se predique la inexistencia de la culpa patronal, ya que el empleador debía suministrar los mismos de cara a lo señalado en la Resolución 2400 de 1979, además, exigir al trabajador fallecido el acatamiento irrestricto del uso de los elementos de protección entregados y procedimientos adecuados de seguridad vial, con el objeto de evitar la exposición al riesgo, o como lo asienta la jurisprudencia laboral sobre el tema, prohibir o suspender la ejecución de la labor ante dicha omisión.

Como se ha señalado, tales circunstancias no se presentaron en el sub examine, pues el control del riesgo se dejó al vaivén de las circunstancias que determinaron la ocurrencia del siniestro, lo que permite concluir sin necesidad de mayores elucubraciones jurídicas y probatorias que el convocado al juicio incumplió el deber de acatar las disposiciones de seguridad y salud en el trabajo, minimizando el impacto negativo del siniestro laboral al realizar una actividad peligrosa, sin el uso de las medidas de protección y seguridad, aspectos que de haberse acatado hubiera impedido el actuar presuntamente imprudente del trabajador fallecido.

Así las cosas, de las pruebas documentales no se deduce con la claridad que afirma el señor Alberto Alonso Acosta, que el accidente de trabajo no fue ocasionado por incumplimiento de las obligaciones del empleador, pues contrario a ello, lo que se observa sin lugar a dubitaciones es que aquél incumplió con la obligación general de protección y seguridad para con su trabajador señalada en el artículo 56 del CST, de allí que en ningún desatino incurrió la juzgadora de primer grado, al considerar que el demandado no cumplió con la obligación contenida en la citada disposición, en tanto que era de su resorte el haber allegado medios de convicción tendientes a demostrar que cumplió con su deber de adoptar todas las medidas de identificación, prevención y control de riesgos, sin que hubiera procedido de conformidad, echando de menos la supervisión idónea y suficiente, tendiente a requerir al trabajador el uso de los elementos de protección, aspecto que deja en evidencia que en ningún momento procuró demostrar las medidas adoptadas en orden de evitar o corregir situaciones riesgosas en la actividad de mensajería.

En ese sentido, el acervo probatorio, contrario a lo que se pretendía, deja al descubierto las omisiones en que incurrió el empleador, ya que no se evidencia por parte de esta Sala que el empleador en cumplimiento de dichas de protección y seguridad de su trabajador, y en su aplicación, controlará y supervisará la labor encomendada, la cual, por su naturaleza y riesgo, requería mayor inspección tendiente a evitar la ocurrencia de eventos como el acaecido, como se dijo en precedencia.

Como colofón de lo anterior, queda acreditada en el plenario la negligencia o actitud omisiva del empleador en el accidente de trabajo, al faltar a sus obligaciones de supervisión, inspección y exigencia del acatamiento irrestricto de las normas legales y reglamentarias de seguridad en el trabajo, en especial frente a la ejecución de una labor riesgosa y que comprometía la vida e integridad del trabajador, como realizar labores de conducción de motocicleta sin los elementos de seguridad y protección necesarios dejando al azar de las circunstancias la ocurrencia del riesgo a que estaba expuesto, lo que sirve de fundamento de imputación de responsabilidad subjetiva a título de culpa del demandado por la ocurrencia del siniestro laboral.

Por lo anterior, no puede pensarse en que lo ocurrido fue por un hecho exclusivo de la víctima, como lo pretende la censura, ya que, de haber tenido control, vigilancia e inspección de las condiciones de trabajo, hubiera podido precaver el riesgo al que estaba sometido. Y es que en lo referente a que el accidente del trabajo ocurrió por un actuar inseguro o imprudente del trabajador, debe la Sala acotar que ha considerado la jurisprudencia (SL1911-2019) que: *"En todo caso, así hubiese un actuar imprudente del trabajador fallecido, ello no exime al empleador de implementar medidas de prevención efectivas para evitar accidentes de trabajo en el lugar de prestación del servicio, o en otros términos, la responsabilidad de la empresa en el accidente o la enfermedad no desaparece en el evento de que el trabajador lleve a cabo un comportamiento descuidado o imprudente (CSJ SL5463-2015, CSJ SL9355-2017 y CSJ SL2824-2018)"*.

Demostrado como quedó que ocurrió un accidente de trabajo y que el empleador no acreditó que frente a tal riesgo haya obrado de manera diligente o con el cuidado debido, adoptando las medidas de protección adecuadas y realizando una supervisión efectiva frente a la labor efectuada por el gestor del proceso, resulta palmario el nexo de causalidad y la consecuente asunción de los riesgos o contingencias creadas.

Por lo dicho, no queda otro camino para esta Sala de Decisión que confirmar la decisión de primera instancia que dio por acreditada la culpa patronal del artículo 216 del CST.

5. Costas en esta instancia. Costas en esta instancia a cargo de Alberto Alonso Acosta y a favor de María Griselda Vergara Pineda, por no haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

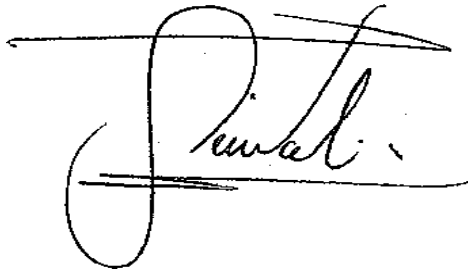
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de María Griselda Vergara Pineda y a cargo de Alberto Alonso Acosta. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



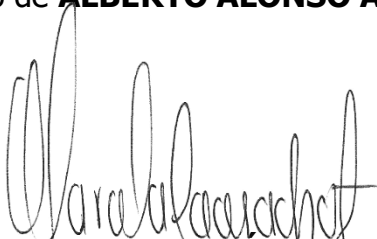
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **MARÍA GRISELDA VERGARA PINEDA** y a cargo de **ALBERTO ALONSO ACOSTA** en la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: EDUARDO ZAMBRANO ARCIA
Demandada: AVIANCA S.A.
Radicación: 110013105-010-2015-01007-01
Tema: CONTRATO REALIDAD – CONFIRMA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Eduardo Zambrano Arcia, instauró demanda ordinaria contra Avianca S.A., con el propósito de declarar la existencia de un contrato de trabajo desde el 8 de octubre de 1997; que la terminación del contrato realizada por la demandada y con la participación de la CTA Coodesco el 7 de octubre de 2003 y el 30 de enero de 2013 fueron de mala fe, fraudulenta y sin efecto legal; que durante toda la vigencia del contrato de trabajo ha sido favorecido del “plan voluntario de beneficios” establecido por la enjuiciada; en consecuencia, solicita que se restablezca el contrato de trabajo en el cargo desempeñado hasta el 30 de enero de 2013 o a uno equivalente o superior, junto con el pago de salarios, primas de servicios, vacaciones, auxilio de cesantías, sus intereses, sanción por mora prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, causado por la no consignación de las cesantías causadas desde el año 2003, beneficios económicos, auxilios extralegales, primas especiales, tiquetes aéreos y cualquier beneficio derivado de la aplicación del “plan voluntario de beneficios”, primas de vacaciones, primas de navidad, bonificación por antigüedad, aportes a pensión de vejez, indexación, condenas ultra y extra petita, así como las costas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que existe un contrato de trabajo escrito con Avianca, en virtud del cual presta sus servicios desde el mes de octubre de 1997; a partir del 8 de octubre de 2005 se encuentra amparado por la cláusula de estabilidad consagrada en el “plan voluntario de beneficios” establecido por esta sociedad; el cargo desempeñado fue el de analista de recuperación en el Grupo Financiero; refiere que con fecha 7 de octubre de 2003 la enjuiciada, con participación de la Cooperativa de Trabajo Asociado Coodesco CTA, actuando de mala fe, mediante maniobras fraudulentas y sin su consentimiento, liquidó su contrato como si hubiese terminado y lo hizo aparecer como trabajador de la CTA; a pesar de lo anterior, continuó trabajando para Avianca en sus instalaciones y en la ciudad de Bogotá; nuevamente el 30 de enero de 2013 esta sociedad y con la participación de la CTA, liquidó su contrato de trabajo; manifiesta también que desde el 1 de febrero de 2013 no presta sus servicios a la demandada por culpa y disposición de la empresa.

De otro lado, sostuvo que los salarios causados desde el 8 de octubre de 2003 hasta el 30 de enero de 2013 fueron pagados por Avianca por intermedio de la CTA; que debido a este procedimiento irregular que realizó con más de 4.000 trabajadores, Avianca fue sancionada por el Ministerio del Trabajo y de la seguridad social; debido a lo anterior y con la finalidad que le fuera revocada esta sanción el 26 de diciembre de 2012, suscribió "acuerdo de formalización laboral" con este Ministerio y se obligó a regresar a la empresa a 1.184 trabajadores; indica que las maniobras fraudulentas utilizadas por esta tenían por objeto impedir que cumpliera con 8 años a su servicio y no estuviera amparado por la cláusula de estabilidad, consagrada en el plan voluntario de beneficios, contemplado para los trabajadores no sindicalizados, a pasar de ello, este fue aplicado de manera parcial.

De igual forma, reseña que, desde la iniciación del contrato de trabajo siempre ha cumplido los mismos horarios de sus compañeros de trabajo de Avianca y bajo la subordinación de sus mismos jefes; que su último salario mensual fue de \$1.911.338; afirma que la CTA Coodesco, nunca fue empleadora del demandante, sino simple intermediaria. Finalmente, manifestó que no se encontraba sindicalizado (Expediente electrónico, PDF 01ExpedienteDigital. Pág. 55 a 72 y 77 a 94).

2. Contestaciones. Al contestar la demanda la sociedad Avianca S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que el actor suscribió contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 8 de octubre de 1997 hasta el 7 de octubre de 2003, con la Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S.A., empresa que fue absorbida por Avianca en el año 2010, contrato que finalizó por una causa legal, como fue el vencimiento de plazo pactado, conforme lo dispuesto en el artículo 46 del CST. De otro lado, señala que con posterioridad al 7 de octubre de 2003, el actor no ha sostenido vínculo laboral con esta sociedad, razón por la que no resulta ser procedente el reintegro y tampoco le resultan aplicables los beneficios extralegales, dado que, conforme los hechos de la demandada la vinculación del actor se circunscribió al régimen de trabajo asociado y se hizo manera autogestionaria, y si bien, se adelantaron algunas labores en las instalaciones de Avianca, lo cierto es que, estas se encuentran alejadas del objeto principal de la empresa. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, genérica e innominada (Expediente electrónico, PDF 01ExpedienteDigital, pág. 156 a 171).

3. Vinculación Litisconsorcio por pasiva. El juzgado de conocimiento, mediante proveído del 18 de agosto de 2017, dispuso la integración del contradictorio con la Cooperativa de Trabajo Asociado Coodesco, (Expediente electrónico, PDF01Expediente Digital, pág. 232), quien contestó demanda a través de curador ad litem, a pesar de lo anterior, en audiencia del 2 de febrero de 2023, se declaró probada la excepción previa denominada inexistencia de la demandada, en consecuencia, se dispuso su desvinculación del proceso (Expediente electrónico, archivo 10ActaAudiencia y PDF10ActaAudiencia).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de junio de 2023 en la que la falladora declaró no probado el incidente de tacha sobre la imparcialidad del testigo Anderson Ariza Hernández; declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y Avianca, desarrollado en el período comprendido entre el día 7 de octubre de 1997 al 30 de enero de 2013, bajo la modalidad de un contrato a término fijo inicialmente inferior a un año a partir del 7 de octubre de 1997 hasta el 7 de octubre de 2003 con prorrogas anuales sucesivas hasta el 30 de enero de 2013, como último cargo el de analista de recuperación y un salario de \$1.793.519, el que terminó por retiro voluntario; absolvió de las demás pretensiones

y en consecuencia, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de título y de causa. No impuso costas a ninguna de las partes.

Para arribar a la decisión, indicó como primera medida que, si bien, el testigo Anderson Ariza Hernández había aceptado la presentación de demanda en contra de Avianca, lo cierto es que, al ser una persona que laboró durante un largo periodo de tiempo en esta sociedad, conoció directamente los hechos expuestos por el actor, por lo que no podía predicarse que sus declaraciones se encontraran parcializadas y mucho menos que se pretendiera inducir en error al despacho, por lo que fueron desestimados los fundamentos de la tacha.

De otro lado, refirió que, que conforme las certificaciones allegadas al plenario, así como las declaraciones rendidas por los testigos Estela Vargas Sastoque y Anderson Ariza, se logra acreditar la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y Avianca, desde el día 7 de octubre de 1997, que si bien, el mismo había sido suscrito inicialmente con SAM, lo cierto era que la carta de terminación del contrato y la liquidación final, cuentan con logo de Avianca, por lo que concluyó que la ejecución de este se desarrolló a favor de Avianca. Aunado a ello, señaló que era un hecho notorio que para el año 2001 la Aeronáutica Civil aprobó una integración operacional de Avianca, Sam y Aces, que se denominó "Alianza Summa", por ello se trataba de una sola empresa, adicional a ello, manifestó que, conforme el certificado de existencia y representación legal de la demandada, se podía advertir que mediante escritura pública número 1287 del 8 de octubre del año 2010, otorgada en la Notaria Cuarta de Barranquilla, fue inscrita la fusión por absorción entre Avianca y SAM, siendo la primera de ellas la absorbente y la segunda la absorbida, fungiendo entonces la aquí demandada como empleador del actor, vínculo que se desarrolló a través de un contrato de trabajo a término fijo, en virtud de lo dispuesto en los términos del artículo 46 del CST, por ello, el primer periodo contratado fue desde el 8 de octubre de 1997 hasta el 7 de abril de 1998, por lo que siguiendo esta normatividad, la primera prórroga fue el 8 de abril de 1998 al 7 de octubre de 1998, la segunda prórroga del 8 de octubre de 1998 al 7 de abril de 1999, la tercera prórroga del 8 de abril de 1999 al 7 de octubre de 1999, fecha a partir de la cual se viene renovando el contrato por mandato de ley por anualidades, en decir, del 8 de octubre de 1999 al 7 de octubre del año 2000, del 11 de octubre de 2000 al 7 de octubre de 2001, del 8 de octubre de 2001 al 7 de octubre de 2002 y del 8 de octubre de 2002 al 7 de octubre del año 2003, siendo ello así, Avianca en septiembre de esta misma anualidad comunicó la no prórroga del contrato de trabajo.

Sostuvo igualmente que, a pesar que el demandante en el interrogatorio de parte aceptó que suscribió acuerdo de cooperativo con Coodesco, lo cierto es que continuó prestando sus servicios en Avianca y de ello, no solo da cuenta la declaración de Anderson Ariza, sino también la certificación expedida por la CTA de fecha 9 de septiembre de 2005, en donde se indica que el actor prestaba sus servicios en la empresa cliente Avianca en el cargo de auxiliar, devengando una compensación básica de \$899.104 y la comunicación del 9 de diciembre de 2006 en la que se corrobora que el jefe inmediato del accionante era el señor William Roldán Valencia, jefe de departamento y empleado de Avianca. Que dentro del expediente no se acredita que hayan sido entregados bienes en comodato entre Avianca y Coodesco, así como sedes o elementos de trabajo para su utilización.

Que de acuerdo con la oferta mercantil del 7 de julio 2003, presentada por la CTA a Avianca, se demuestra que esta cobra un porcentaje por la administración de nómina de Avianca, más no la prestación de servicio apoyo administrativo, reflejándose con ello que Coodesco estaba realizando una intermediación laboral, la que se encuentra

prohibida conforme lo dispuesto en la Ley 79 de 1988 y el Decreto 468 de 1990. De igual forma, encontró acreditado que las labores desarrolladas por el demandante hacían parte del objeto social de la accionada y no fue demostrado que el actor haya participado de asambleas, tomado decisiones o haya elegido y recibido beneficios de Coodesco, lo que desvirtúa esta forma de asociación y evidencia es que es el actor se encontraba subordinado por Avianca. De igual forma, encontró acreditada la prestación del servicio por parte del actor y a favor de Avianca entre el 17 de octubre de 2003 al 30 de enero de 2013. Por lo anterior, consideró que a pesar de existir una interrupción en la prestación del servicio de ocho días, entre el primer contrato y el segundo, y al existir prestación del servicio en este periodo, conforme lo advirtió en el interrogatorio de parte el actor, lo cierto es que, conforme lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, cuando se presentan interrupciones mínimas y cuando los objetos del contrato no varían, no se puede señalar que se haya terminado el contrato de trabajo; razones que la llevaron a declarar una única relación laboral entre el 7 de octubre de 1997 al 30 de enero del año 2013 y por ello, invalidó la terminación del contrato de trabajo del 7 de octubre del año 2003, al considerar que se trató de encubrir una verdadera relación laboral entre Avianca y el Actor y tampoco existió solución de continuidad de uno y otro contrato de trabajo. En relación con la terminación de este único contrato de trabajo, se estableció que este se había terminado por retiro voluntario, conforme liquidación del contrato de trabajo aportada por el mismo demandante.

En cuanto al plan de beneficios de Avianca, señaló que para su aplicación se requiere que el trabajador se haya acogido al mismo, según cláusula 14 – 1 de la vigencia 2005 – 2006, vigencia 2010- 2015; que a pesar de que el actor estaba contratado a través de una cooperativa, ello no le impedía elevar solicitud tendiente a lograr su aplicación y que en respuesta la sociedad haya obstaculizado su aplicación. Adicional a ello, tampoco ha sido demostrado que el contrato de trabajo haya sido terminado por causa imputable a Avianca, pues su retiro fue voluntario. De otro lado, arguyó que al 1 de enero de 2005, el trabajador debía tener 8 años de servicio a favor de Avianca y vinculado a través de un contrato de trabajo a término indefinido, presupuesto que tampoco se cumplía, en la medida que conforme lo definido, el actor contaba con un contrato de trabajo a término fijo, y para esta fecha no contaba con 8 años de servicio para la sociedad, como lo exigen las cláusulas del plan de beneficios, pues para octubre de 2005, tan solo contaba con 7 años, 2 meses y 24 días. Debido a que no se cumplían con los requisitos allí exigidos, no se podían reconocer los beneficios económicos allí contemplados.

De otro lado, negó el reconocimiento de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, para el periodo declarado, en la medida que, el actor en el interrogatorio de parte confesó que en virtud de la vinculación con Coodesco, se le pagaron todas las compensaciones mensuales, semestrales y anuales, así como los pagos a aportes a seguridad social. Adicionalmente, se cuenta con liquidación final de prestaciones sociales del 7 de octubre de 2003.

Negó también la solicitud de reconocimiento de los tiquetes aéreos, en la medida que al actor se le negó la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, por lo que no podían generarse derechos con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo. De otro lado, en la demanda se afirmó que Avianca suministró tiquetes aéreos entre el año 2010 a 2013, por lo que no había lugar a ordenar el pago de este beneficio. Tampoco impuso condena por concepto de las sanciones solicitadas en la demanda, en la medida que no hubo incumplimiento en el pago de las cesantías.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales:

5.1. Demandante. Inconforme con la decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que, se había demostrado en el proceso que, entre este extremo procesal y Avianca S.A., existió un solo contrato de trabajo desde 1997 al 2013. En lo que se refiere al plan de beneficios, manifiesta que el actor cumplió con el requisito de los ocho años de servicio a favor de la demandada, luego queda claro que, el verdadero empleador realizó maniobras fraudulentas para que el demandante no alcanzara a cumplir estos requisitos.

De otro lado, manifiesta que la juzgadora le dio validez a la terminación del contrato de trabajo, por lo que en virtud de las facultades ultra y extra petita, debió declarar que, si codesco nunca fue su patrono, no podía despedirlo, dado que ningún documento refleja que Avianca haya dado por finalizado el contrato del actor, y al ser ello así, el mismo debe entenderse vigente.

5.2. Avianca S.A. Interpuso recurso de apelación solicitando que se revoquen los numerales primero y segundo de la sentencia apelada, teniendo en cuenta para ello que, la valoración de las pruebas documentales no fue acertada, en vista que las documentales sobre las cuales se fundamenta el fallo, no fue Avianca quien lo expidió, pues, se parte que corresponden a esta sociedad por el solo hecho de tener el logo de la empresa, lo cierto es que el actor contaba con un contrato de trabajo con SAM y que fue aceptado y confesado por el demandante. De igual forma, no podía la juzgadora convalidar la teoría que el demandante siendo empleado de SAM también prestara sus servicios a favor de Avianca, en virtud que estas empresas hacían parte de un mismo grupo, pese a ello, debía declararse la figura de unidad de empresa, y la existencia de un acuerdo empresarial no supone la unidad de empresa, aparte, dentro del juicio no se pretendió que ello así fuera declarado y tampoco se encuentra acreditado el predominio económico para que este existe. Sostiene que si el despacho consideraba que Avianca y Sam eran parte de un mismo grupo, tendría que haber obtenido unas conclusiones probatorias, las que brillan por su ausencia, debido a que este no era el objeto del proceso y ello no podía predicarse a partir de documento que contaban con el logo de Avianca, porque también cuenta con Logo de SAM. Adicionalmente, allí se refleja no un logo, sino una marca que representa servicios, productos, incluso miembros de un grupo de explotación económica, por ello, de allí no se podría concluir que el verdadero empleador era Avianca. A su vez refiere que solo desde el año 2010 Avianca se fusionó con SAM, por lo que no se podría predicar de un solo logo la existencia del contrato con Avianca, como así se partió de las comunicaciones del 13 de noviembre de 2002, 16 de julio y 1 de septiembre de 2003, máxime que, en la comunicación del 16 de julio de 2003 se cuenta con un sello Avianca – Sam, es decir que esta última estaba usando la marca Avianca, sin que por ello se pueda entenderse que estaba intermediando en una relación laboral.

De otro lado, refiere que, la testigo Estela Vargas Sastoque demuestra la prestación de los servicios para SAM en el periodo comprendido entre 1997 y 2003, pues ella manifestó que solo podía dar fe de las funciones del demandante entre este interregno, por ello, no hay prueba testimonial que dé cuenta de la presunta prestación de servicios de la demandante para Avianca y al ser ello así no se podía dar presunción al artículo 24 del CST.

Reseña también el recurrente que, no se podía valorar la declaración del testigo Ariza, porque la tacha no se fundamentó solo por la presentación de una demanda en contra

de Avianca, sino por haber perdido el proceso contra la entidad, al ser ello así su imparcialidad iba a estar viciada. Adicionalmente, fue un testigo de oídas, porque todo lo que hacía era escuchar a su compañero cuando jugaban fútbol, pues no eran compañeros de trabajo, ni compartían áreas, por ello, a partir de sus manifestaciones no se podía declarar que existió de manera continuada la prestación de servicios a favor de Avianca, en vista que su verdadero empleador Coodesco.

Señala el recurrente que, el documento del 19 de febrero de 2005, si emana de Avianca y tiene como destinatario Coodesco, dicho documento fue remitido por William Roldán y Eduardo Zambrano, en donde se le comunicó a la cooperativa que el actor no "pudo" tomar la vacaciones en las fechas allí relacionadas, contrario a lo analizado por el juzgador, en el que estableció que Avianca había informado que el señor demandante no "podría" tomar las vacaciones para esta data. La comunicación fue firmada por William Roldán, pues era Avianca quien tenía la supervisión del contrato que ejecutaba Coodesco a través de sus trabajadores, por lo tanto, la aerolínea podría dar fe de determinados hechos que ocurrían durante la ejecución del contrato y que se desarrollaba en las instalaciones de la sociedad. Ahora, este documento cuenta con una nota al margen que dice "sale a partir del día 30 hasta el día 12 inclusive ok" el cual cuenta con una firma que es similar a la firma de William Roldán y al no haber sido tachado este documento se entenderá que es auténtico. Sobre este asunto debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 255 del CGP, por lo tanto, al no encontrarse este documento en poder de Avianca, no pueden imputarse las notas allí impuestas como del señor Roldán y por ello, no se podía declarar probado que fue Avianca el que ordenó la salida del demandante a vacaciones a partir de las fechas allí indicadas.

De otro lado, refiere que las ofertas mercantiles fueron valoradas de manera incompleta, dado que la prohibición de la intermediación de la CTA solo vino a ser una realidad a través del Decreto 4588 del año 2006, no antes, por ello, no puede decirse que durante toda la relación de trabajo lo que hubo entre Avianca y Coodesco fue una prestación de servicios de intermediación laboral, lo que estaba vedado, pues el objeto del contrato era la prestación de servicios muy específicos, que era el cobro de cartera, la que es distinta de las que orientan la unidad de explotación económica de Avianca, aspecto que no fue tenido en cuenta por el juzgador de instancia.

Respecto a la participación política del actor en las asambleas de la cooperativa, señala que este era un hecho que le correspondía demostrar al actor o a la cooperativa, lo cierto es que ninguno de ellos lo acreditó en el expediente, y esa insuficiencia probatoria no podía imputarse a Avianca y mucho menos esta circunstancia demuestra la existencia del contrato realidad.

Finalmente, refiere sostiene que, si bien, no se impartió condena por concepto de indemnización contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, señala que la juzgadora manifestó que las cesantías habían sido pagadas a través de la modalidad de compensaciones, aun cuando se entendiera que no hubo pago, no se demostró el salario que devengaba el actor para efectos de su pago, lo cierto, el confesó que se le habían pagado las compensaciones anuales, por ello, no hubo desprotección al desempleo, y en caso de no haber sido acreditado el salario debió tomarse el valor de un mínimo. De otro lado, señala que para impartir condena por este concepto se debe acreditar la mala fe, y la misma no puede ser predicada de esta sociedad, en la medida que se estaba entendiendo por los intervinientes que, el actor era trabajador de Coodesco y no de la aerolínea, y la única forma de recibir el pago de esta compensación

era en efectivo porque ningún fondo iba a recibir las consignaciones de la CTA por ser un trabajador asociado.

6. Alegatos de conclusión. La parte demandante alegó en su favor que se debe modificar la sentencia apelada, para en su lugar, se declare que el contrato de trabajo continua vigente y se revoque los numerales 3 y 4 de la sentencia, con la finalidad que Avianca sea condenada a las demás pretensiones de la demanda y las costas.

Por su parte, Avianca sostiene que al existir una indebida valoración probatoria, se deben revocar los numerales primero y segundo de la sentencia apelada, por lo que no debe declarar a esta sociedad como verdadero empleadora del demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por Avianca S.A., se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66 A del CPT y SS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La A quo erró al colegir la existencia de una relación laboral entre el actor y Avianca S.A., fungiendo la Sociedad Aeronáutica de Medellín SAM y la cooperativa de trabajo asociado como simples intermediarias?; (ii) ¿Hay lugar a declarar que al actor le resulta aplicable el “plan de beneficios” establecido por Avianca S.A., por cumplir con los requisitos allí dispuestos?; (iii) ¿Se debe entender que el contrato de trabajo del actor se encuentra vigente al no existir documento que demuestre que la finalización del vínculo se dio a instancia de Avianca S.A.?; (iv) ¿Se encuentra probada la tacha por sospecha formulada frente al deponente Anderson Ariza Hernández, conforme lo dispuesto en el artículo 211 del CGP?; y (v) ¿Hay lugar a efectuar estudio respecto a la procedencia de la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990?

3. Relación laboral. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la pasiva, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derribar la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de “**la primacía de la realidad sobre las formas**”. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan

dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."

3.1. Existencia contrato de trabajo entre demandante y SAM. Si bien, la juzgadora de instancia declaró una única relación laboral entre el promotor de la contienda y Avianca S.A. entre el 7 de octubre de 1997 al 30 de enero de 2013, lo cierto es que, esta conclusión ha sido objeto de cuestionamientos por parte de la aerolínea y para tal efecto, ha sostenido que, entre el 7 de octubre de 1997 al 7 de octubre de 2003, el actor mantuvo contrato de trabajo con la Sociedad Aeronáutica de Medellín SAM.

Acusa el censor, de valorar indebidamente la prueba documental de fechas 13 de noviembre de 2002, 16 de noviembre de 2003 y 1 de septiembre de la misma anualidad, pues en su concepto, a pesar que cuentan con logo de Avianca, esto solo hace referencia a una marca, además refiere que las mismas también cuentan con logo de SAM.

Con la finalidad de dilucidar lo anterior, se tiene que, en efecto, la comunicación adiada 13 de noviembre de 2002 cuenta con membrete de ambas aerolíneas, esto es, Avianca y Sam, a pesar de ello, el contenido de la misiva, da cuenta que el actor cumplió el 7 de octubre de 2002 "CINCO AÑOS al servicio de AVIANCA", razón por la que le fueron otorgados como beneficios 18 días de sueldo básico, 8 días de vacaciones extraordinarias y 2 pasajes en las rutas de la compañía, aunado lo anterior, se debe resaltar que quien suscribe tal documento, es Cesar Alfonso González como coordinador de salarios y lo hace en calidad de trabajador de Avianca, en la medida que su firma, se encuentra acompañada de sello de esta sociedad (Expediente electrónico, PDF01ExpedienteDigital, pág. 27).

En lo que respecta a la certificación laboral de fecha 16 de julio de 2003, se debe advertir que, allí se hace constar que el actor prestó sus servicios a la compañía desde 8 de octubre de 1997, desempeñando el cargo de auxiliar en el Departamento Financiero y Administrativo, precisando que el mismo se encuentra impreso en proforma de Avianca y se encuentra suscrito por quien signó la anterior misiva, esto es

Cesar Alfonso González, quien en tal comunicación figuraba como trabajador de Avianca, a pesar que su firma se encuentre acompañada del sello "Avianca-Sam" (Expediente electrónico, PDF01ExpedienteDigital, pág. 28).

De igual forma, se tiene que la carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 1 de septiembre de 2003, refiere que quien fungió como empleador no fue la Sociedad Aeronáutica de Medellín SAM, sino Avianca, además de advertir que este escrito, se encuentra impreso en papelería de esta última sociedad (Expediente electrónico, PDF01ExpedienteDigital, pág. 29).

Por lo anterior, esta sala de decisión considera que, no fue desacertada la valoración probatoria realizada por la juzgadora de instancia frente a dichas pruebas documentales, en la medida que, a pesar que el actor al momento de absolver el interrogatorio de parte acepta que suscribió contrato de trabajo directamente con SAM y que el mismo reposa dentro del informativo (Expediente electrónico, PDF01ExpedienteDigital, pág. 175 a 180), no queda manto de duda que, las labores fueron ejecutadas directamente a favor de la aquí apelante, al punto que, es esta misma sociedad la que le hace un reconocimiento al accionante por el cumplimiento de cinco años a su servicio y no a la aerolínea SAM, y así quedó plenamente definido en la comunicación del 13 de noviembre de 2002.

En este mismo sentido, se tiene que obra "acuerdo consensual para la liquidación definitiva del contrato de trabajo" suscrito entre Avianca S.A. y Eduardo Zambrano, en la que se deja constancia que se recibió de la enjuiciada la suma de \$3'020.499, derivado de los servicios prestados a esta aerolínea desde el 8 de octubre 1997, fecha de ingreso, hasta el 7 de octubre de 2003, fecha de retiro. De igual forma, se tiene que la accionada recientemente (13 de abril de 2023) certifica que el señor Zambrano labora "desde el 08 de octubre de 1997 hasta el 07 de octubre de 2003 y desempeñando el cargo de AUXILIAR con un contrato a Término Fijo" (Expediente electrónico, PDF11RespuestaRequerimiento, pág. 4).

Los anteriores elementos de prueba son más que suficientes para acreditar que, la prestación del servicio por parte del promotor del litigio, se realizó a favor Avianca S.A. y no a la Sociedad Aeronáutica de Medellín SAM, y si bien, la juzgadora de conocimiento dio por sentado que entre estas dos sociedades y Aces se realizó una integración operacional que se denominó "Alianza Summa", por lo que debía entenderse como una sola empresa, lo cual constituía un hecho notorio y por ende, se encontraba exento de prueba, lo cierto es que, para esta colegiatura dicha circunstancia no pudo tomarse por tal, como quiera que, esta operación comercial no puede ser entendida como de relevancia nacional y por ende de conocimiento general, por ende, bajo ninguna óptica esta circunstancia se encontraba eximida de ser acreditada, conforme mandato expreso del artículo 167 del Código General del Proceso, máxime que, tal y como lo anunció el apoderado de Avianca S.A. en su intervención, SAM hasta el año 2010 se fusionó con esta sociedad y de ello, claramente da fe el certificado de existencia y representación legal de la demandada, como quiera que, mediante escritura pública número 1287 del 8 de octubre del año 2010, otorgada en la Notaria Cuarta de Barranquilla, fue inscrita la fusión por absorción entre estas dos aerolíneas, siendo la absorbente Avianca S.A. (Expediente electrónico, PDF01ExpedienteDigital, pág. 133 a 154), a pesar esto, no hay lugar a desestimar las demás elucubraciones plasmadas por la sentenciadora en su providencia.

Sea esta la oportunidad también para señalar que, la Juez de primer grado no se equivocó al colegir la no prosperidad del incidente de tacha por sospecha formulado oportunamente por la encartada, contra el testigo Anderson Ariza, por considerar que

su testimonio puede ser parcializado por haber demandado a la enjuiciada sobre hechos de similares contornos a los que se discuten en este proceso; no obstante, en términos del artículo 58 del CPT y de la S.S., en concordancia con el artículo 211 del CGP, considera esta Sala de Decisión Laboral que el deponente no tiene interés inclinado a beneficiar la causa del actor, en tanto que sus afirmaciones no resultan contrarias a la realidad que refleja.

Ello a partir de que el testigo, fungió como Coordinador de Gestión Humana de Avianca S.A. entre el interregno de julio de 1998 a febrero de 2012, por lo que bien puede tener pleno conocimiento de los hechos objeto de debate, en especial la forma de vinculación del actor con dicha empresa, ahora bien, la sola tacha por sospecha de un testigo no implica descalificar su exposición, solo que impone un análisis más riguroso de sus manifestaciones y si estas encuentran o no soporte en los demás elementos de juicio obrantes en el proceso; bajo este entendido, resultó acertada la resolución del incidente formulado y por ello, la exposición efectuada por el deponente debe ser valorada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y S.S., en el cual se indica que los jueces gozan de la facultad de apreciar libremente los medios de convicción para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos, con fundamento en los medios probatorios que más los induzcan a hallar la verdad.

Por lo anterior y de acuerdo con el asunto objeto de estudio, se debe resaltar que el testigo, a pesar del cargo que ostentó, no ofreció verdaderos elementos de convicción, como quiera que, señaló que desconocía si el actor había suscrito contrato de trabajo con SAM o con Avianca S.A., así mismo, manifestó desconocer la fecha de su ingreso y no fueron compañeros de trabajo, dado que ambos ejercían sus labores en áreas distintas.

Ahora, la testigo Stella Vargas, refirió que trabajó con el actor en el puente aéreo entre el año 1997 a 1999 y que si bien, pertenecían a distintos departamentos, le consta que el actor era trabajador de Avianca, y realizó sus labores en la parte contable en el área de control de ingresos, lo que corrobora aún más las conclusiones expuestas en primera instancia.

Por otro lado, a fin de abordar, otra de las disquisiciones planteadas en la alzada por la enjuiciada, se debe hacer hincapié que, dentro de las suplicas del libelo genitor, no se persigue la declaratoria de la unidad de empresa, a pesar de ello, esta circunstancia en lo más mínimo impide que en virtud del principio de la primacía de la realidad sea declarada la existencia de un contrato de trabajo entre las aquí partes, pues conforme fue expuesto de forma pretérita, las pruebas documentales reflejan una verdadera existencia de un contrato de trabajo entre al accionante y Avianca a partir del 7 de octubre de 1997, como quiera que frente a este extremo inicial no fue efectuado reparo alguno.

3.2. Cooperativa de trabajo asociado- Intermediaria. Ahora, a quién se convocó a esta litis como extremo pasivo, esto es, Avianca S.A., se le endilga también la calidad de empleador durante el lapso que el actor estuvo vinculado a la Cooperativa de Trabajo Asociado Coodesco, aduciendo aquel que esta última actuó como intermediaria con su empleador directo, situación frente a la cual la accionada discrepa, considerando que en armonía a la normatividad que rige a las cooperativas, el demandante estuvo vinculado con la CTA en calidad de cooperado a través de una relación asociativa de trabajo, regida por los estatutos y regímenes de trabajo asociado, sin que exista intermediación laboral alguna para con la sociedad Avianca S.A.

Como se dijo precedentemente, para demostrar la existencia de un contrato laboral, se debe determinar si dimanen los elementos de su esencia que corresponden según el artículo 23 del C.S.T., precisando que quien alega su configuración, sólo le basta probar la prestación personal del servicio para que inmediatamente opere en su favor la presunción que establece el artículo 24 de la misma codificación, según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de dicha naturaleza.

Conforme a ello, se evidencia en el paginario certificación del 9 de septiembre de 2005, expedida por Coodesco, en la que se hace constar que el precursor de la Litis, es trabajador asociado de esta, desde el 17 de octubre de 2003 y que, en virtud de ello, prestaba el cargo de auxiliar en la empresa de Avianca S.A. (Expediente electrónico, PDF01ExpedienteDigital, pág. 31); ahora, la liquidación definitiva de reconocimientos económicos y trámite de paz y salvo, dan cuenta que la prestación personal del servicio a favor de esta sociedad, se realizó hasta el 30 de enero de 2013 (Expediente electrónico, PDF01ExpedienteDigital, pág. 36).

Si bien, el testigo Anderson Ariza expuso que, como Coordinador de Gestión de Avianca, tuvo conocimiento que la aerolínea contaba con cuatro cooperativas, y que el actor se encontraba con la CTA Coodesco, siendo sus labores desarrolladas en las instalaciones de la convocada a juicio, lo cierto es que el mismo deponente, manifiesta que desconoció su proceso de contratación, debido a que este le correspondió a otro coordinador, aunado lo anterior, es menester referenciar que, estos hechos no fueron percibidos de manera directa, dado que según su propia manifestación, de ello tuvo conocimiento porque era el mismo actor le comentaba cuando participaban en torneos de fútbol de la empresa, lo que le resta credibilidad en cuanto a estos hechos relatados, máxime, cuando no fueron compañeros de trabajo, pues laboraban en áreas diferentes de la compañía y el contacto entre ellos era aproximadamente de una vez por mes.

A la misma conclusión se llega frente a la prueba testimonial rendida por Stella Vargas, pues según su mismo dicho, su contacto con el demandante se dio hasta el año 1999, pues a partir de esta anualidad dejó de tener contacto con él.

A pesar de lo anterior, es evidente que el demandante ejecutó personalmente las actividades contratadas a favor de Avianca S.A., como lo enseñan las documentales a las que se hizo alusión anteriormente, las cuales ofrecen claridad sobre la forma en que prestó sus servicios y que conducen a esta Corporación a tener el convencimiento de que las labores que realizó fueron en beneficio de la citada sociedad. Por tanto, ninguna dificultad probatoria existe en torno al primer elemento estructurante del contrato de trabajo.

Bajo ese contexto, como se advirtió, demostrada como está la prestación del servicio por parte del demandante al servicio de Avianca S.A. con posterioridad al 17 de octubre de 2003, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual desde ya precisa la Sala no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el promotor del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, máxime que, como se vio, fue nulo el esfuerzo de la accionada por desvirtuar la presunción deprecada, quedando establecida la prestación del servicio personal y subordinación, propia de la naturaleza de la labor que realizó el señor Eduardo Zambrano Arcia al ser contratado.

Como se memora, las situaciones fácticas que trae la parte demandada a colación no tienen por objeto desvirtuar la presunción legal de la que es beneficiario el extremo activo y es así porque lo que pretende demostrar con las documentales aportadas en la contestación de la demanda, es que celebró con la Cooperativa de Trabajo Asociado Coodesco, una oferta mercantil para la venta de servicios en ejecución de procesos técnicos, administrativos y operativos y, que en razón a ello, el actor formalmente tuvo la condición de asociado respecto a dicha cooperativa. Sin embargo, analizada la prueba enunciada junto a la presunción establecida en precedencia, se concluye que éstas son insuficientes para desvirtuar el contrato de trabajo que se ha presumido, pues, aunque permiten deducir una incorporación del demandante como asociado de la cooperativa, aquello no permite colegir que las actividades cumplidas por el actor a favor de Avianca S.A. no lo hubieran sido dentro de un escenario propio de subordinación jurídica laboral.

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tienen aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citados por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de suficiente peso y solidez para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

En este mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3436 de 2021, aborda el marco jurídico y jurisprudencial respecto de la contratación a través de cooperativas de trabajo asociado, precisando ciertas características especiales, como a continuación se detalla:

"una característica principal de tales entes es que sus asociados gozan de plena autonomía técnica, administrativa y financiera en la prestación de sus servicios, y por ello no se rigen por la legislación sustantiva y ordinaria laboral.

(...)

a través de las precooperativas y cooperativas de trabajo asociado las personas trabajadoras deben contar siempre con la libertad de asociarse o no y acordar libremente la contribución coordinada de sus aportes, bien sean económicos, en bienes, servicios o fuerza de trabajo, a fin de prestar un servicio especializado e incorporarse en el sector productivo de trabajo.

(...)

la Corporación no desconoce que la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, pero dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada, que fue lo que ocurrió en el sub iudice; así también se ha reiterado en múltiples ocasiones".

De otra parte, en la sentencia SL1089 de 2018, en un caso de similares contornos al *sub iudice*, en la que la discusión no se centró en la intermediación laboral, sino en la declaratoria del contrato de trabajo con la Cooperativa de trabajo asociado, quedó dicho:

"Al margen de lo anterior y con independencia de los resultados particulares del presente caso, conviene recordar lo dicho por la Sala en la sentencia CSJ SL, 6 dic. 2006, rad. 25713, reiterada en la CSJ SL, 26 en. 2010, rad.32623, en un asunto

*en el que igualmente se pretendía la declaratoria de una relación laboral con la cooperativa, **y se adoctrinó que en estos eventos deba acreditarse plenamente una subordinación estrictamente laboral, que no es dable delegarla en las empresas usuarias**”.*

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021 y SL3436-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un “*haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta*”

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompasan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que Avianca S.A. no logró derribar la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada. La pasiva se conformó con la prueba documental, la cual, solo demuestra la vinculación formal del demandante a la cooperativa, más no la realidad en que se desarrolló la misma.

Y es que en lo que hace a la naturaleza jurídica de las cooperativas de trabajo asociado, tiene dicho la Sala que según lo establecido en el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006, compilado en el artículo 2.2.8.1.3 del Decreto 1072 de 2015 y lo dispuesto en la Ley 79 de 1988 en su artículo 70, son organismos sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía que vincula el trabajo de sus asociados a la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios, cuya relación que surge entre trabajador cooperado y la cooperativa, no se encuentra regida por las normas laborales, sino por la legislación cooperativa, régimen de trabajo asociado – estatutos- y de compensaciones, toda vez que sus asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador, tal y como lo dijo la H. Corte Constitucional en sentencia C-211 de 2000 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien en virtud de las disposiciones antes referidas la cooperativa demandada vinculó al demandante como asociado a la misma, en razón al convenio celebrado por Avianca S.A., llama la atención de la Sala que se encontraba lejos de cumplir el señor Eduardo Zambrano su papel de asociado para el desarrollo del respectivo acuerdo, pues los medios de persuasión indican que se encontraba bajo la continuada subordinación y dependencia de la citada sociedad, quien impartía órdenes en cuanto a tiempo y cantidad de trabajo, tal y como da cuenta de manera

general a la prueba testimonial que allegó la parte actora, esto es, las declaraciones del señor Anderson Ariza y Stella Vargas, a contrario sensu, no se desvirtuó, con la contundencia requerida, que el promotor del proceso ejerciera su actividad personal a favor de la demandada de manera autogestionaria o con autonomía, autodeterminación, autogobierno e independencia. Por el contrario, los deponentes fueron contestes que al narrar que aquel recibía órdenes de los supervisores de Avianca S.A., que la prestación del servicio que se realizó dentro de las instalaciones de ésta, utilizando sus equipos, herramientas e instrumentos suministrado por la compañía.

De igual forma, se debe hacer notar que no obra prueba alguna que permita a esta Corporación concluir que el actor actuó siguiendo las orientaciones de la cooperativa, por manera que, atendiendo el principio de la primacía de la realidad establecido en el artículo 53 del a Constitución Política de Colombia y según ha sido criterio pacífico de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, acreditado que la persona natural o jurídica que contrata una cooperativa de trabajo para que preste un servicio, ejecute una obra o produzca determinado bien a su favor, ejerce subordinación sobre los trabajadores asociados que ejecuten las mismas en razón a un convenio o contrato con dicho carácter, se considerarán sus trabajadores, ante la presencia de los elementos configurativos de un contrato de índole laboral.

De ahí que, en el particular advierte la Sala que, dada la contundencia de las pruebas allegadas al plenario, que no fue intención de la cooperativa tener como asociado al demandante y cumplir los fines para la cual fue constituida, por el contrario su contratación obedeció a la intención de la aerolínea de obtener una ventaja indebida, como lo es, el no reconocimiento de las prestaciones y acreencias laborales que le corresponden en su calidad de empleador.

Bajo las anteriores consideraciones, debe precisarse que dispone la Ley 1233 de 2008 en su artículo 7 numeral 3, que evidenciado que una cooperativa de trabajo asociado realiza prácticas de intermediación laboral o propias de servicios temporales, el tercero contratante y dicho ente social serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado, presupuesto que se encuentra acreditado en el caso en particular, toda vez que como se dejó sentado precedentemente el actor fue vinculado a la Cooperativa de Trabajo Asociado Codesco no para llevar a cabo el objeto de esta, si no por el contrario para desarrollar las labores que venía ejecutando en Avianca S.A, bajo la continuada subordinación y dependencia.

En este punto, en lo que tiene que ver con la realización del trabajo en el lugar definido por el beneficiario del servicio, o lo referente al suministro de herramientas y materiales, acota la Sala que, entre Codesco y Avianca S.A. se suscribieron varios contratos u otros sí al “contrato de comodato precario” en los que se le entregó a la Cooperativa a “título de comodato precario o préstamo de uso a título gratuito de la maquinaria, herramienta y enseres que se describen en el anexo 1”, con el fin de cumplir la oferta mercantil suscrita con Avianca S.A. (Expediente electrónico, PDF11RespuestaRequerimiento, pág. 4 a 42), lo que deja en evidencia que los elementos de producción no eran de la Cooperativa, y en ese orden, se transgrede lo dispuesto el en artículo 3° del Decreto 2025 de 2011 y artículo 8° del Decreto 4588 de 2006, y a la vez, resulta contrario a lo que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha edificado al respecto, como se puede apreciar en la sentencia SL3436-2021, en la que dijo:

"Así, se ratifica lo que esta Corte ha adoctrinado de forma reiterada en su jurisprudencia, en el sentido que en el marco del cooperativismo un elemento

distintivo es que los trabajadores asociados sean dueños de los elementos de producción y laborales, pues lo contrario pone de presente un elemento”

Tampoco se puede dejar de lado que el actor ejerció un cargo ligado a la operación diaria de Avianca S.A. y que desarrolla de cierta forma su objeto social, pues conforme el certificado de existencia y representación legal se dedica al “*transporte aéreo en todas sus ramas*”, por lo que necesariamente para su operación y desarrollo se debía llevar a cabo registros contables, actividad que desempeñó el actor como auxiliar al servicio directo de Avianca S.A., por manera que al pretenderse un modelo de externalización empresarial sobre actividades que por esencia corresponden a su rol empresarial, se contrarían las reglas de la experiencia y sana crítica, ello a partir de que dicha sección en realidad no puede separarse y entregarse a un tercero con la pretensión ficticia de que el servicio se preste con total independencia y autonomía, en tanto esto compromete el desarrollo funcional de la empresa y situación financiera.

De allí que es razonable inferir que Avianca S.A. también contaba con la facultad de impartir órdenes e instrucciones al actor, pues otro aspecto que se destaca es que, del referido contrato comercial, se extrae que Coodeco no actuaba con plena autonomía e independencia, al punto que sale aflore del nexo contractual el elemento subordinación que ejerció la contratante sobre los trabajadores, en tanto allí se estipula, entre otros aspectos, que la Cooperativa de Trabajo Asociado se obligaría a suministrar personal calificado, competente y ajustados al perfil requerido, quienes serían organizados en los diferentes horarios y sitios requeridos por Avianca S.A.; además, se exigía aceptar la auditoria que efectúe Avianca S.A. respecto de la calidad del servicio, para ello, esta última se comprometió a prestar colaboración, capacitación técnica y equipos, herramientas o elementos, para que los asociados puedan cumplir las labores propias de los servicios; dejando claro que vigilará el cumplimiento de la oferta y en general la ejecución de las obligaciones de ella se deriva, a través de la interventoría, “*que para el efecto será la División de Talento Humano. Dicha área será la encargada de controlar y supervisar la correcta prestación del servicio (...)*”

De lo expuesto fluye acertada la conclusión a la que llegó la cognoscente de instancia, al inferir que la cooperativa de trabajo fungió como una entidad de suministro de personal, desdibujándose los presupuestos de autogestión, autocontrol y autogobierno propios de una relación cooperativa. Ahora, el hecho de que el actor haya ingresado a la Cooperativa a través de su propia solicitud, el que hubieran recibido compensaciones en vez de salario, no acarrea que la prestación del servicio se haya desarrollado de manera autónoma.

Debe decirse, además, que el hecho de que el promotor del juicio formalmente haya tomado la iniciativa de afiliarse a la Cooperativa y que bajo la autonomía de su voluntad haya firmado un formato sometiendo a lo dispuesto en los estatutos de la cooperativa, no significa que deba tenerse como cooperado, descartando la existencia de la relación laboral, pues precisamente allí es donde toma mayor relevancia el principio de la realidad sobre las formalidades, máxime cuando en el sub lite no obra probanza alguna de que aquel en calidad de asociado hubiere participado en la toma de decisiones respecto de los excedentes que genere la cooperativa u otros aspectos propios del trabajo autogestionario, sin que la simple participación formal en el ingreso de asociados, tenga la entidad suficiente para que esta Sala descarte la naturaleza del vínculo laboral, y si bien, sostiene la enjuiciada que este era un hecho que le correspondía acreditar al actor o a la cooperativa, debe decirse que, esta colegiatura no comparte éste argumento, en la medida que al existir una presunción en su contra, conforme se ha expuesto en líneas atrás, le correspondía acreditar que en efecto el

actor era un verdadero trabajador asociado, probanzas que en el caso de autos no se encuentran demostradas.

Tampoco se puede perder de vista que, Avianca S.A. era quien gestionaba la disponibilidad del trabajar, al punto que era la que indicaba cuando debían concedérsele las vacaciones al trabajador y de ello, da clara muestra la comunicación del 9 de diciembre de 2015 (Expediente electrónico, PDF01ExpedienteDigital, pág. 31), en donde se evidencia que William Roldan Valdens, en su calidad de jefe de departamento de Avianca, le comunica a la Coordinadora de Gestión Humana de la cooperativa que por motivo de trabajo el señor Zambrano no pudo tomar las vacaciones a partir del día 17 de octubre de 2004, y por ello, las mismas iban a ser disfrutadas desde el 3 al 10 de enero de 2006, sin que a dicha prueba documental se le deba restar valor probatorio, en la forma pretendida por el apoderado de la aerolínea, en la medida que, conforme lo manifestó el testigo Anderson Ariza, todos los jefes de departamento eran empleados directos de la enjuiciada, aunado lo anterior, se debe hacer notar que el firmante de dicho documento no se identifica como trabajador cooperado, sino que por el contrario se identifica como empleado de Avianca al utilizar papelería de esta empresa, y al ostentar dicho cargo, lo convierte en un representante del empleador en los términos del artículo 32 de las normas sustantivas laborales.

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo cooperado carente de subordinación resulta desatinado cuando el material probatorio demuestra que la actividad personal no se ejecutó con autogestión y autonomía, sino con las características propias de una relación de naturaleza laboral, esto es, en desarrollo de una actividad misional, dependiente o subordinada, por un largo periodo de tiempo, en el lugar y horario asignado por Avianca S.A.

De hecho, el caudal probatorio apunta a desdibujar el contrato comercial que suscribieron las enjuiciadas, observando la Sala que Coodesco no actuó como un genuino empresario en la ejecución del nexo contractual, en la medida que suministró la mano de obra para la sociedad demandada, es decir, tan solo fue un simple intermediario, pues no ejecutó la actividad a su cargo con sus propios medios, ni gozó de autonomía técnica y directiva que le permitiera lograr la prestación del servicio a que se obligó, tampoco tuvo dirección y manejo del personal que se valió para la ejecución de los trabajos pactados. Por el contrario, la contratante, ejerció subordinación jurídica, específicamente, frente al trabajador demandante, pues así lo evidenciaron los medios de persuasión que se anotaron.

De igual forma, llama poderosamente la atención de esta colegiatura que, el anexo No. 1 de la oferta mercantil presentada por Coodesco a Avianca S.A., refleja que la propuesta económica de la venta de servicios se tasaba sobre cada nomina pagada, lo que confirma aún más, la existencia de intermediación laboral y administración de la nómina por parte de la CTA a favor de esta sociedad.

Del análisis efectuado concluye la Sala que la presunción legal contenida en el artículo 24 del C.S.T., tampoco fue infirmada por la pasiva, quedando en evidencia que el accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada; de allí que deba ser confirmada la sentencia en lo que a este aspecto se refiere.

4. Extremos temporales de la relación. Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, se debe advertir que, se encuentra probado que el actor prestó sus servicios de forma continua e

ininterrumpida, entre el 7 de octubre de 1997 al 30 de enero de 2013, pues si bien, de lo acreditado en juicio el actor no prestó sus servicios entre el 8 de octubre al 16 de octubre de 2003, tiempo en el que se dio la terminación del contrato con Avianca y se produjo su vinculación con la CTA, es preciso destacar por esta Corporación que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral “solo se consideran aparentes o formales las interrupciones cortas entre la finalización y la iniciación de uno y otro contrato, entendidas como aquellas inferiores a un mes, por lo que las que sean superiores, permiten inferir la intención de las partes de no darles continuidad” (SL574-2021); es claro que, del análisis de los contratos de trabajo suscritos por el demandante, se concluye que hubo lapsos inferiores a 30 días, que permiten presuponer la solución de continuidad de la prestación de servicios del trabajador del 7 de octubre de 1997 al 30 de enero de 2013, tal y como fue declarado por la juzgadora de primer conocimiento, razón por la que no se entiende el sentido de las disquisiciones formulada por el apoderado del extremo actor, en lo que a este asunto se refiere, máxime, cuando esta asunto no fue cuestionado por Avianca S.A.

Conforme lo anterior, se impone confirmar la sentencia en lo que a este asunto se refiere.

5. Terminación contrato de trabajo. Manifiesta que el apoderado de la parte actora que, la sentenciadora dio validez a la terminación del contrato de trabajo y lo que debió declarar fue que, al no ser Coodesco el empleador del señor Zambrano, no podía realizar su despido, por tal razón, debía declararse vigente el contrato de trabajo con Avianca.

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

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

Siendo ello así, debe señalarse que dentro del informativo no obra ni un solo medio de convicción que refleje que la terminación de la relación laboral, haya sido a instancia de Coodesco o Avianca S.A., por el contrario, lo que se avizora de la liquidación definitiva de reconocimientos económicos, es que el retiro se produjo por “retiro voluntario” (Expediente electrónico, PDF01ExpedienteDigital, pág. 36) y así fue declarado por el despacho de origen, sin que esta conclusión fuera objeto de censura por dicho extremo procesal, razón más que suficiente para desestimar los argumentos del recurrente.

6. Plan Voluntario de beneficios. Sostuvo que el actor cumplió con los ocho años de servicio a favor de la demandada por lo que hay lugar a su aplicación, entendiendo la sala que se hace referencia al contenido de la cláusula de estabilidad contemplada en el capítulo 15 de dicho documento (Expediente electrónico, PDF11ExpedienteDigital, pág. 43 a 69).

Tal y como lo refirió la juzgadora de instancia, para dar lugar a su aplicación, básicamente esta disposición requiere que: i) a la entrada de su vigencia, esto es, 1 de enero de 2005, el trabajador hubiese cumplido con 8 o más años de servicios continuos; y ii) que su vinculación se haya realizado a través de un contrato de trabajo a término Indefinido.

Conforme lo expuesto y dilucidado a lo largo de esta providencia, la vinculación del actor se realizó el 7 de octubre de 1997, por lo que, al 1 de enero de 2005, fecha de entrada en vigencia de dicho plan de beneficios, según capítulo 13 ibídem, el señor Zambrano contaba con 7 años, dos meses y 24 días, por lo que no se cumple con este requisito. Aunado lo anterior, fue determinado por la juzgadora de instancia que la vinculación del actor con Avianca, se había realizado mediante contrato de trabajo a término fijo, sin que esta consideración haya sido objeto de reparo por alguna de las partes, al ser ello así, resulta diáfano que el segundo de los requisitos tampoco se cumple, lo que impone confirmar la sentencia recurrida.

7. Sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. No hay lugar a efectuar ningún pronunciamiento al respecto, en la medida que en la sentencia de primera instancia no se impuso ninguna condena por este concepto, además, la misma ha sido confirmada en su integridad, por ende, resulta fútil referirnos a este asunto.

8. Costas. Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

RESUELVE

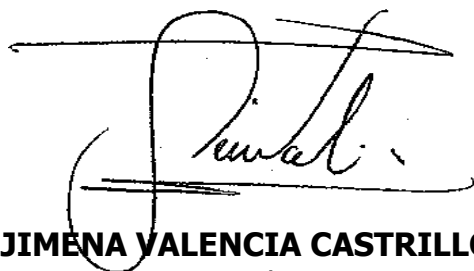
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de junio de 2023, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado