



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 110013105 020 2019 00069 01

DEMANDANTE: CESAR JULIO BENÍTEZ VALENCIA

DEMANDADO: COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad, el 3° de septiembre de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se se declare que tiene derecho a disfrutar de su pensión desde el 31 de diciembre de 2008, cuando cumplió con los requisitos de edad y semanas. En consecuencia, se condene a la demandada al pago del retroactivo pensional, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7° de marzo de 1951, por lo que cumplió con los requisitos de edad y tiempo de cotización desde el 31 de diciembre de 2008. Refiere que solicitó el reconocimiento pensional, la cual fue negada en Resolución GNR 418392 de 4° de diciembre de 2014, respecto de la cual se interpuso el recurso de reposición y apelación, siendo desatado la apelación mediante la Resolución VPB 8662 de 19 de febrero de 2016, la cual concedió el derecho

pensional. Que agotó la reclamación administrativa frente al retroactivo pero la misma fue resuelta desfavorablemente a través del Acto Administrativo SUB 230429 de 4º de octubre de 2017.

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, la solicitud de la pensión en junio de 2014, la existencia de la Resolución GNR 418392 de 4º de diciembre de 2014 que resolvió la solicitud y la VPB 8662 de 19 de febrero de 2016 que resolvió la apelación; igualmente, que tenía cotizadas más de 500 semanas cuando entró en vigor la Ley 100 de 1993 y más de 750 semanas para cuando se expidió el Acto legislativo 01 de 2005; que es beneficiario del régimen de transición y que agotó la reclamación administrativa, la cual fue resuelta mediante Resolución Sub 230429 de 4º de octubre de 2017. Frente a los demás, adujo que no eran ciertos.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, el cobro de lo no debido, la presunción de buena fe, la improcedencia de los intereses moratorios, la indexación y las demás declarables de oficio (f.º 57 a 64).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3º de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

En sustento de su decisión, indicó que para entrar a disfrutar de la pensión era necesaria la desafiliación del trabajador al sistema, entendiéndose la misma también, cuando se haya dejado de cotizar, evento que la jurisprudencia denomina retiro tácito. Dijo que, revisado el material probatorio, encontró que el demandante realizó su última cotización para el ciclo de febrero de 2016, por lo que el disfrute de la prestación debía ser a partir de 1º de marzo de la misma anualidad,

calenda que había sido fijada por Colpensiones en la resolución que reconoció la pensión como inicio del disfrute.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al argumentar que cumplía con los requisitos de edad para ser beneficiario de la transición y con las 750 semanas establecidas en el Acto Legislativo de 2005. Refiere, que la ley exige para el disfrute de la pensión que el trabajador cumpla la edad y las semanas mínimas, por lo que no puede verse perjudicado si el empleador no efectúa la novedad de retiro.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Como quiera no es materia de debate el reconocimiento pensional efectuado al demandante, sino la fecha de su disfrute, procede la Sala a ocuparse de ello, remitiéndose a los preceptos legales y jurisprudenciales aplicables al caso concreto, así como a las pruebas aportadas al plenario.

Frente al punto, conviene traer a colación el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, el cual dispone que: *“la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”* (Subrayado fuera de texto).

Igualmente, el artículo 35 del citado precepto legal, señala que *“Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, **previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión** El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la*

supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona.” (Negrilla fuera de texto original).

En ese horizonte, existe una clara diferencia entre la causación del derecho a la pensión y el disfrute de las mesadas pensionales, dado que el primer evento, se suscita en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la prestación, es decir, que se configura cuando el asegurado arriba a la edad mínima requerida y también acumula la densidad de semanas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de éstos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Entre tanto, el disfrute opera previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutarla.

Jurisprudencialmente la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado que por regla general la desvinculación del sistema es un requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, sin embargo, por vía excepcional existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de administrar justicia, de las cuales se pueden colegir la desafiliación efectiva del sistema.

Sobre el particular, la sentencia CSJ SL 5306-2016, reiterada en SL **SL756-2018**, precisó:

El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

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.

Al amparo de las anteriores reflexiones, en el caso concreto se advierte conforme al reporte de semanas cotizadas, actualizado al 22 de abril de 2019 (f. º 66 a 75), se colige que el último empleador del demandante "AUTENTICA SEGURIDAD" realizó la última cotización para el ciclo de febrero de 2016 con un IBC de \$1.051.000.

Así pues, es válido concluir, que la intención de cesar cotizaciones al sistema pensional, lo fue el 29 de febrero de 2016, momento para el cual se efectuó la última cotización, por lo tanto, el disfrute de la prestación lo sería a partir de 1º de marzo de 2016, tal y como lo reconoció el acto administrativo expedido por Colpensiones (f. º 14 a 18).

En esa medida, resulta acertada la decisión adoptada por el juez de primera instancia, por lo que se confirmará la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el 3º de septiembre de 2019.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



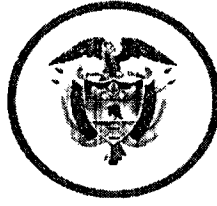
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 110013105 21 2018 00471 01

DEMANDANTE: OSCAR ALFONSO VÉLEZ FERRER

DEMANDADO: COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Estudia la Sala el grado jurisdiccional y el recurso de apelación que interpuso la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad, el 24 de septiembre de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que las pretensiones de demanda que adelantó ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá buscó la aplicación del régimen de transición de la pensión por vejez consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con el monto, es decir, el porcentaje de liquidación. Igualmente, que la liquidación del IBL no hace parte del régimen de transición y por consiguiente no hizo parte de las pretensiones de la demanda, ni de las condenas. Se declaró que la reliquidación del IBL no ha hecho tránsito a cosa juzgada.

En consecuencia, se condene a la demandada a liquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta el IBL determinado con base en los salarios cotizados en los últimos 10 años anteriores al cumplimiento de la edad. Se

mantenga el valor de la mesada pensional con base al ingreso base de liquidación de \$6.426.009 reconocido en la Resolución n.º 04608 de 20 de febrero de 2012, proferida por el ISS, por haberse liquidado de manera correcta. Igualmente, se ordene a Colpensiones no ejercer ninguna acción de cobro en contra del accionante por cuanto no debe la suma de \$6.057.480 por pago de lo no debido ordenado en la Resolución SUB 2198 de 5 de enero de 2018. A pagar debidamente indexadas las diferencias en mesadas pensionales reconocidas a partir de 20 de junio de 2007 y hasta el momento en que se verifique el pago de la obligación, lo que se pruebe ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de noviembre de 1945 y solicitó al ISS el 24 de noviembre de 2005 el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue concedida mediante Resolución n.º 012062 del 29 de marzo de 2007, en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir de 1º de diciembre de 2005, en cuantía inicial de \$4.604.203 con una retroactivo pensional de \$81.668.200, teniendo en cuenta 1.672 semanas cotizadas y el IBL de \$6.382.316, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 72.14%. Inconforme, interpuso recurso de apelación para que le fuera reconocido el régimen de transición, sin embargo, la entidad confirmó su decisión inicial.

Señala que el 15 de febrero de 2008 interpuso demanda ordinaria laboral contra el ISS, la cual correspondió por reparto al Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá, quien profirió sentencia el 26 de marzo de 2009, al declarar que es beneficiario del régimen de transición, por lo que condenó a la entidad a reajustar la pensión en aplicación del Decreto 758 de 1990, con una tasa de reemplazo del 90% del ingreso base de liquidación que para la fecha del reconocimiento de la pensión de vejez correspondía a \$5.744.084,40, igualmente, a pagar las diferencias pensionales a partir de 1º de diciembre de 2005, hasta que se verifique el pago con los ajustes de ley. Inconforme, la apoderada del ISS interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando absolverla.

Que el 31 de mayo de 2010 el Tribunal Superior de Bogotá profirió sentencia mediante la cual revocó el ordinal tercero de la sentencia, para en su lugar, absolver a la demandada de reconocer intereses moratorios y confirmar el fallo en todo lo demás. Manifiesta que el 8º de junio de 2010, la apoderada judicial del ISS interpuso recurso extraordinario de casación contra la decisión de segunda instancia, el cual fue resuelto el 13 de julio de 2016 por la Corte Suprema de Justicia, al no casar la decisión judicial. Además, que el 3º de abril de 2017, radicó solicitud de cumplimiento de sentencia.

Menciona que el 20 de junio de 2011, presentó derecho de petición ante el ISS, en el que solicitó reliquidar la pensión en aplicación de un IBL y una tasa de remplazo del 90%. Que el 8º de mayo de 2017, mediante Resolución SUB54250, Colpensiones resuelve dar cumplimiento al fallo judicial y reliquidar la pensión a partir de 1º de diciembre de 2005 hasta el 19 de junio de 2007 y modifica la pensión de vejez a partir de 1º de junio de 2017, con una mesada de \$9.553.533.

Aduce que el 18 de octubre de 2017, Colpensiones mediante comunicado BZ2017_6818347_9-2782560 da respuesta al radicado 2017_68183479, en el que ordena mediante Resolución SUB121649 del 10 de julio de 2017, reintegrar los valores correspondientes al pago de lo no debido por los periodos de 20 de junio de 2007 hasta el 31 de mayo de 2017, por la suma de \$6.057.480. igualmente, que el 2º de noviembre de 2017, interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación, resueltos en Resolución DIR 7574 de 19 de abril de 2018, al confirmar la decisión inicial (f. º 3 a 15).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó que todos eran ciertos salvo el error involuntario en el IBL en que incurrió el demandante respecto del cual señaló no constarle.

En su defensa, propuso la excepción previa de cosa juzgada y las excepciones de mérito de falta de jurisdicción o competencia, inexistencia

de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (f.º 99ª 110).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de septiembre de 2019, condenó a la demandada a reliquidar la pensión de vejez con el ingreso base de liquidación reconocido en la Resolución n.º 04608 de 20 de febrero de 2012, esto es, la suma de \$6.335.566 para el año 2007. En consecuencia, dispuso pagar debidamente indexadas las diferencias causadas entre la pensión que actualmente recibe y la ordenada en la sentencia conforme a la Resolución n.º 04608 de 20 de febrero de 2012, a partir del 1º de junio de 2017, hasta cuando se incluya en nómina de pensionados la reliquidación. Autorizó a Colpensiones a realizar los descuentos correspondientes a salud y le ordenó no continuar con las acciones de cobro en contra del demandante. Declaró no probadas las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de la obligación cobro de lo no debido y buena fe (f.º 157).

En sustento de su decisión, indicó que no opera la cosa juzgada, como quiera que el proceso seguido ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad se solicitó la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dejando el Juez de manera expresa fuera del análisis lo referente al IBL y aplicando en su sentencia al IBL ya reconocido por la entidad únicamente una tasa de reemplazo superior prevista en el Decreto 758 de 1990. Encontró que el IBL al que tiene derecho el accionante es el determinado en la Resolución 04608 de 26 de febrero de 2012, por resultarle más favorable que el determinado por la jueza.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia, para en su lugar, declarar probada la cosa juzgada, pues en el proceso adelantado ante el Juzgado 5º Laboral se

ordenó a la entidad reliquidar la pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990. Alegó que conforme a lo previsto en los artículos 488 del Código Procesal del Trabajo declarar prescrito cualquier derecho en favor del accionante

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la mesada pensional que disfruta teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación determinado con base en los salarios cotizados en los últimos 10 años.

Se encuentra demostrado que mediante Resolución n.º 012062 de 29 de marzo de 2007, el ISS en aplicación a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reconoció al accionante pensión de vejez, a partir de 1º de diciembre de 2005, en cuantía inicial de \$4.604.203, teniendo como base para determinar la mesada un IBL de \$6.382.316, al que aplicó una tasa de reemplazo del 72.14% correspondiente a 1.672 semanas cotizadas (f.º 17).

Igualmente, se verifica que a través Resolución n.º 04608 de 26 de febrero de 2012, el ISS dispuso modificar la Resolución n.º 012062 de 29 de marzo de 2007 por considerar que el promotor es beneficiario del régimen de transición, por lo que dispuso reliquidar la pensión

reconociendo a partir del 20 de junio de 2007 como mesada pensional la suma de \$6.335.566y un retroactivo pensional de \$78.337.141.

1. De la cosa juzgada

Sentado lo anterior, pasa ahora la Sala a determinar si en el presente asunto ha operado el fenómeno extintivo de la cosa juzgada propuesto por la demandada.

Al respecto, el artículo 303 del Código General del Proceso, sobre la cosa juzgada, establece que *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...).”* Así pues, para que se estructure la institución de la cosa juzgada es imperativo verificar la existencia de los siguientes elementos, no excluyentes entre sí: 1) identidad de partes, la cual debe tener el carácter de jurídico, comprendiendo no sólo a las primigenias sino a cualquier causahabiente del derecho debatido; 2) la misma causa petendi, es decir, que se refiera a los mismo hechos, sin importar las variaciones sutiles que se puedan presentar entre los mismos y, 3) identidad de objeto, esto es, que se discutan las mismas pretensiones, para ello, se debe verificar la materialidad y juridicidad de las mismas.

Al amparo de lo expuesto, en el presente asunto el demandante es Oscar Alfonso Vélez Ferrer quien demanda a Colpensiones; pretende la reliquidación de la pensión que disfruta teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación determinado con base en los salarios cotizados en los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, manteniendo el IBL determinado en la Resolución 04608 de 20 de febrero de 2012. En consecuencia, se ordene a Colpensiones no ejercer ninguna acción de cobro en su contra y a pagarle debidamente indexadas las diferencias causadas desde el 20 de junio de 2007 hasta que se verifique el pago de la obligación (f.º 3 y 4).

Ahora, de conformidad con el contenido de los folios 21 a 41, ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad se surtió el proceso radicado n.º 05 2008 00546, en el cual el aquí demandante instauró demanda ordinaria en contra del ISS y la AFP Colfondos, con el cual persiguió *“que se declare que es beneficiario del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, ... para que se condene al ISS a “reconocer y liquidar la prestación del señor OSCAR ALFONSO VÉLEZ FERRER en aplicación estricta del régimen de transición de pensiones por vejez, conforme lo establece el Decreto 758 de 1990, en sus artículos 12, 30 y demás concordantes”*, además el pago de diferencias causadas a partir de 1º de diciembre de 2005, los intereses moratorios, se condenara a la AFP Colfondos a responder por los aportes y rendimientos generados a favor del actor.

En esa oportunidad, fundamentó sus pedimentos en que para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 contaba con 20 años, 8 meses y 21 días cotizados a ISS, por lo que lo hace beneficiario del régimen de transición, además porque para esa época contaba con más de 40 años. Relató que para el mes de febrero de 1997 se afilió a Colfondos y en el mes de septiembre de 2002 se trasladó nuevamente al ISS, realizando la AFP la devolución de los aportes correspondientes el 21 de octubre de 2002. Señaló allí, que cumplidos los requisitos solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue concedida por el ISS mediante Resolución n.º 012062 de 29 de marzo de 2007, a partir de 1º de diciembre de 2005 en cuantía de \$4.604.203, la que fue determinada con un IBL de \$6.382.316 al que se le aplicó una tasa de reemplazo de 72.14%, es decir, no aplicó el régimen de transición, por lo que inconforme interpuso recurso de apelación, no obstante, la entidad confirmó su decisión inicial.

Conviene precisar que el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia el 26 de marzo de 2009, en la que declaró que el demandante es beneficiario del régimen de transición y condenó al ISS a reajustar la pensión en aplicación a lo regulado en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, esto es, sobre un 90% del ingreso base de liquidación que para la fecha del reconocimiento equivalía \$5.744.084,40

y a pagar las diferencias generadas, los intereses moratorios en la suma de \$9.567.923,87. Además, absolvió a la AFP Colfondos de las pretensiones elevadas en su contra. En sustento de su decisión, encontró que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor contaba con más de 1.132 semanas cotizadas. De otro lado, para determinar la mesada pensional señaló *“Que el ingreso base de liquidación se estableció en la suma de \$6.382.316 monto mencionado en la resolución No. 01987 de 2007 asunto que no fue tema de controversia judicial”* (f.º 33).

Inconforme la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación (f.º 39), resuelto por la Sala Laboral de esta Corporación, mediante providencia de 31 de mayo de 2010, en el que revocó el ordinal tercero relativo al pago de intereses moratorios (f.º 46 a 49). Igualmente, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso extraordinario de casación, pronunciándose la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de julio de 2016, en la que determinó no casar la decisión judicial (f.º 50 a 58). Así las cosas, la sentencia proferida dentro de este proceso se encuentra debidamente ejecutoriada.

En consecuencia, resulta evidente que no se configura cosa juzgada, pues no se cumplen con los presupuestos previstos en el artículo 303 del Código General del Proceso, porque, aunque en anterior proceso intervinieron el demandante y Colpensiones, y se ordenó la reliquidación de pensión, los fundamentos fácticos y jurídicos que ocuparon la atención del juzgado difieren de los que en esta oportunidad se ponen a consideración, dado que el operador judicial incluso dejó por fuera del debate la determinación del IBL y tomó en consideración para fallar el que había sido determinado por la entidad al reconocer la prestación, sin que tal circunstancia hubiese cambiado en segunda instancia y tampoco en el análisis del recurso extraordinario de casación por lo que resulta forzoso confirmar la decisión analizada en cuanto declaró que no se configuró la cosa juzgada.

2. Del ingreso base de liquidación

En este orden de ideas, pasa ahora la Sala a determinar si el promotor del juicio tiene derecho a que su mesada pensional sea reliquidada.

Definido que el actor es beneficiario del régimen de transición, el ingreso base de liquidación del actor debe ser liquidado conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con base en *“el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior”*

Al punto, con la ayuda del liquidador designado para esta Sala, se pudo determinar con base en la historia laboral allegada en el CD de folio 146 A correspondiente al expediente administrativo y reporte de folios 128 a 135, que el ingreso base de liquidación del accionante establecido con los salarios cotizados en toda la vida laboral asciende a \$3.874.772 y el determinado con los salarios cotizados en los últimos 10 años corresponde a **\$6.467.498,86** que al aplicarle la tasa de reemplazo del 90% arroja como mesada inicial para el 1º de diciembre de 2005, la suma de **\$5.820.748,97**, esto es, un monto superior al determinado por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito en el proceso 05 2008 00146, que lo fue de **\$5.744.084,40** (f.º 21 a 41), cuyo cumplimiento fue ordenado por Colpensiones mediante Resolución SUB 54250 de 8º de mayo de 2017 (f.º 70 a 74).

No obstante, el valor de mesada inicial determinado por la Sala resulta **superior** al reconocido por el ISS mediante Resolución 04608 de 26 de febrero de 2012, en la cual reconoció de manera directa y por fuera de juicio que el actor era beneficiario del régimen de transición, en consecuencia, dispuso reconocerle como mesada pensional a partir de **20 de junio de 2007** la suma de \$6.335.566, que al ser deflactada a diciembre del año 2005 asciende a \$5.718.886.

No obstante, el *a quo* determinó que el IBL que debía tenerse en cuenta por ser muy aproximado a sus cálculos era el que tomó la entidad

en la Resolución 04608 de 26 de febrero de 2012, sin que la parte accionante haya manifestado inconformidad al respecto, por lo que la Sala no puede entrar a modificar dicha decisión, máxime cuando el grado de consulta se está surtiendo en favor de Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación.

Resulta pertinente poner de presente que, como quiera que el valor de mesada que la entidad reliquidó directamente y venía pagando desde marzo de 2012, es superior al valor de mesada ordenado por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, cuya inclusión en nómina se dio para el mes de junio de 2017, la entidad mediante Acto Administrativo SUB 121649 de 10 de julio de 2017 (f.º 75 a 84), dispuso ordenar al señor Oscar Alfonso Vélez Ferrer reintegrar los valores correspondientes al pago de lo no debido por la suma de \$6.057.480. Sin embargo, conforme a las consideraciones expuestas en precedencia, el promotor del juicio no está llamado a reintegrar suma alguna a la entidad, por lo que debe abstenerse de continuar las acciones de cobro que en su contra viene adelantando.

De otro lado, Colpensiones está llamada a reconocer las mesadas pensionales en los montos indicados en la Resolución 04608 de 26 de febrero de 2012, con sus respectivos incrementos anuales como acertadamente concluyó la jueza de conocimiento.

En consecuencia, al generarse diferencias entre la mesada pensional que se ha pagado a partir 1º de junio de 2017 y la determinada en el presente proceso, las mismas deberán ser canceladas por la entidad hasta que se verifique la inclusión en nómina de pensional.

Como quiera que el accionante no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, las diferencias deberán ser canceladas debidamente indexadas desde que cada una se haya hecho exigible hasta que se verifique el pago de la obligación, como acertadamente ordenó la jueza de conocimiento.

Estima la Sala que en el presente asunto ha operado de forma parcial la prescripción, por cuanto el promotor del juicio solicitó ser reconocido como beneficiario del régimen de transición, en consecuencia, el reajuste de la mesada pensional el 20 de junio de 2011, la cual fue respondida por la entidad mediante Resolución 04608 de 20 de febrero de 2012, reliquidando la prestación. No obstante, solo interpuso la presente demanda el 15 de agosto de 2018 (f.º 95), por lo que los derechos causados con anterioridad al 15 de agosto de 2015 se encuentran prescritos. Conviene señalar aquí que en la práctica el promotor del juicio no verá afectada ninguna diferencia pensional, por cuanto la mesada pensional se disminuyó a partir de junio de 2017 ya que hasta ese momento la entidad venía pagándola conforme la determinó de manera directa en Resolución No. 04608 del 20 de febrero de 2012.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y en todo caso, atendidos los argumentos de apelación expuestos por la demandada, la Sala confirmará la decisión analizada.

Sin costas en la consulta, ni en la instancia.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de septiembre de 2019.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta ni en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



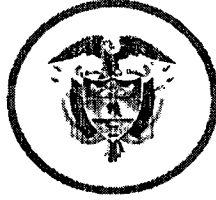
DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 110013105 024 2018 00499 01

DEMANDANTE: VICTORIA EUGENIA MARTÍNEZ ALEGRÍAS

DEMANDADO: COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

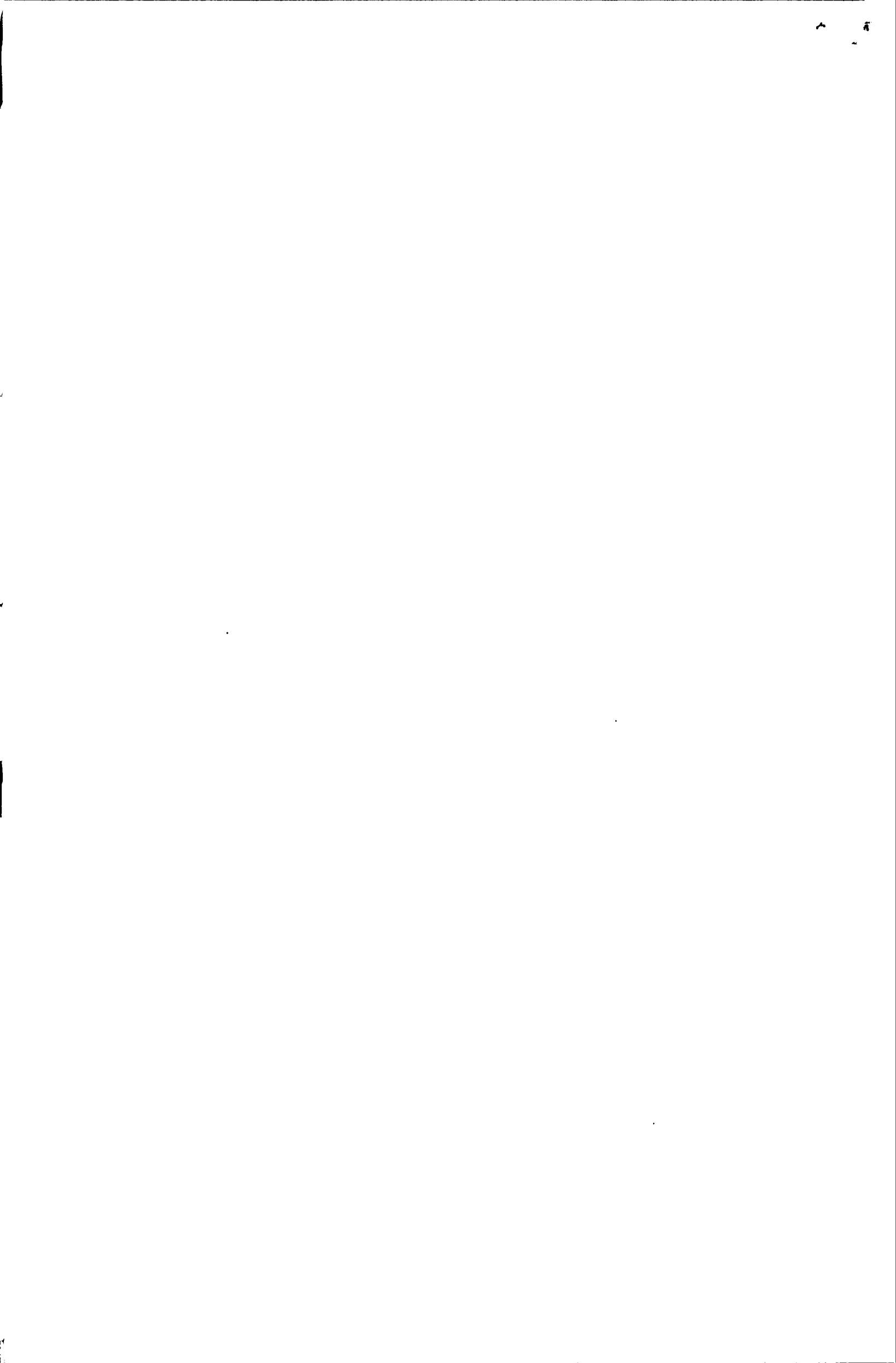
Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad, el 14 de agosto de 2019.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para se condene a la demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios causados sobre el valor del retroactivo otorgado mediante resolución SUB 255779 del 14 de noviembre del año 2017, causados desde el 1° de marzo de 2011 al 31 de enero de 2012, las demás condenas a imponer y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 28 de marzo de 2011 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandada, reiterado el 2° de noviembre del mismo año, los cuales no fueron resueltos en su oportunidad, por lo que procedió a interponer acción de tutela el 7° de febrero de 2012, derecho que fue amparado mediante fallo del 16 de febrero de 2012 por el Juzgado 20Civil del Circuito de Bogotá.

Que la pensión de vejez fue reconocida por el ISS hoy Colpensiones mediante Resolución 101253 de 13 de febrero de 2012 a partir del primer



día de ese mes. Además, que en el año 2013 solicitó la reliquidación de su pensión y el pago del retroactivo pensional desde marzo de 2011, la cual fue resuelta de manera negativa mediante la Resolución GNR 277352 de 28 de octubre de 2013. Frente a la anterior decisión, interpuso los recursos de reposición y apelación, el primero de ellos, resuelto mediante Resolución GNR 314313 de 9º de septiembre de 2014 y el segundo, mediante VPB 44098 de 19 de mayo de 2015.

Refiere que nuevamente el 16 de noviembre de 2016, solicitó el reconocimiento del retroactivo pensional, la cual le fue negada mediante por la resolución GNR 358780 del 28 de noviembre de 2016. Que en el año 2017, luego de varias solicitudes, la accionada mediante la Resolución SUB 255779 del 14 de noviembre de 2017 reconoció el retroactivo pensional causado desde el 1º de marzo de 2011. Finalmente, el 26 de febrero de 2018, solicitó el pago de los intereses moratorios, la cual fue negada

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento y que cumplió los 55 años el 2º de noviembre de 2010. Frente a los demás, adujo que no le constaban. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y genérica (f.º 51 a 56).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de agosto de 2019, condenó a la demandada a pagar intereses moratorios sobre cada una de las mesadas que integran el retroactivo pensional, contados a partir del 26 de febrero de 2015 y hasta el 30 de noviembre de 2017.

En sustento de su decisión, indicó que la demandada incurrió en mora en el pago de mesadas pensionales por lo que a su cargo se encuentra el pago de los respectivos intereses previstos en la Ley 100 de 1993. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, al

manifestar que entre la fecha en que la activa solicitó los intereses moratorios (30 de octubre de 2014) y la interposición de la demanda transcurrieron más de los 3 años consagrados en la ley, pero no así entre la data en que se solicitó el pago de los intereses moratorios por última vez (26 de febrero de 2018) y la interposición de la demanda no, por lo que éstos debían reconocerse desde 3 años hacía atrás, es decir, desde el 26 de febrero de 2015.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al señalar que el reconocimiento y pago de los intereses moratorios debía iniciar el 15 de noviembre de 2017, día siguiente del reconocimiento pensional.

La demandada no apeló.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

La Sala en primer término estudiará el fallo en el grado jurisdiccional de consulta, para determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de intereses moratorios.

Se encuentra demostrado que la demandada mediante Resolución 101253 de 13 de febrero de 2012, reconoció al demandante pensión de vejez a partir del primer día de ese mes (fls. 17 a 20). Así mismo, que a través de Resolución SUB 255779 del 14 de noviembre de 2017, le fue reconocida a la actora un retroactivo pensional causado desde marzo de 2011 (fls. 29 a 33).

Sobre el particular, dispone el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que a partir del 1º de enero de 1994, 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.

Así mismo, el hito a partir del cual comienzan a correr los intereses moratorios la norma que regula este puntual aspecto, tratándose de pensión de vejez, es el artículo el artículo 10 del Decreto 656 de 1994, que se acompasa con lo normado en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993, el cual señala que: *“Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petitionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”*.

Paralelamente, la jurisprudencia del máximo Órgano de cierre esta jurisdicción, ha puntualizado que los únicos casos en los cuales no proceden los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es cuando está en discusión una *“controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014)”* o cuando la pensión se niega con fundamento *“en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial.”* (CJS SL508-2020).

Hipótesis que no se enmarcan en el presente caso, dado que desde el mismo instante en que la demandante solicitó la pensión de vejez era evidente el derecho que le asistía, el cual debió ser reconocido dentro de los términos legales, sin que fuera necesaria la insistencia mediante diversas solicitudes.

Así las cosas, al efectuarse la solicitud pensional el 28 de marzo de 2011, conforme se indica en Resolución 101253 del 2012 (folio 15); el plazo concedido por el legislador a la pasiva para proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez se venció el 28 de julio de 2011, por lo que a partir del día siguiente es que debe empezar a contabilizarse la mora en la que incurrió la entidad convocada a juicio, hasta el día anterior a la inclusión en nómina respecto del retroactivo causado a partir del 1º de marzo de 2011 al 30 de junio de 2011, reconocido mediante la Resolución SUB 255779 de 14 de noviembre de 2017.

Y frente al retroactivo causado desde julio de 2011 a enero de 2012, el interés moratorio inicia el primer día del mes siguiente a la causación de cada mesada pensional.

De la excepción de prescripción

Advierte la Sala que la demandada propuso la excepción de prescripción, frente a la cual ha de señalarse que al tratarse de una prestación con una causación periódica, la interrupción de la prescripción puede presentarse en múltiples oportunidades, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 794 de 2013.

En ese orden de ideas, una vez revisado el plenario se advierte que al haberse solicitado la pensión el 28 de marzo de 2011, el plazo concedido por el legislador a la pasiva para proceder al reconocimiento de la pensión vencía el 28 de julio de la misma anualidad, no obstante, la solicitud de intereses solo se presentó el 14 de noviembre de 2014 con el recurso de

apelación en contra de la Resolución GNR314313 del 9º de septiembre de 2014, el cual fue resuelto mediante la Resolución VPB 44098 del 19 de mayo de 2015 (notificada el 17 de junio de 2015 fl. 80), conforme se extrae del mismo acto administrativo (fl. 17 y reverso).

Posteriormente, se radicó nueva solicitud de reconocimiento y pago de intereses moratorios el 26 de febrero de 2018, según escrito de folio 34 a 35 del plenario y la accionante interpone la demanda el 24 de agosto de 2018, conforme el acta de reparto visto a folio 43, lo que conlleva a concluir que: (i) entre la fecha en que fue notificada la actora de la resolución que resolvió la solicitud inicial de intereses moratorios que lo fue el 17 de junio de 2015 (fl. 80) y la de la presentación de la demanda que lo fue el 24 de agosto de 2018, transcurrieron más de 3 años; pero (ii) en virtud de la última solicitud, que data del 26 de febrero de 2018, conforme al termino trienal, los intereses moratorios causados con anterioridad al 26 de febrero de 2015 fueron afectados por el fenómeno prescriptivo, según lo previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo, por lo que los intereses solicitados iniciarán solo a partir del 26 de febrero de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2017, toda vez que no fue debatido por la parte actora el extremo final que fue concluido por la jueza de primer grado. Es decir que la decisión de primer grado estuvo acertada.

De otro lado, se advierte que el recurso de apelación interpuesto por la parte activa resulta un poco confuso, en el entendido que manifiesta que el reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y su exigibilidad, nace a partir del día siguiente del reconocimiento de la inclusión en nómina retroactiva, precisando *“el 15 de noviembre de 2017”*, pues esta calenda a todas luces resulta desfavorable teniendo en cuenta el sentido del fallo recurrido. En ese orden, la Sala confirmará la sentencia de primer grado en su integridad.

Surtido el grado jurisdiccional de consulta y en todo caso atendido el recurso de apelación presentado por la actora, la Sala confirmará la decisión analizada.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad, el 14 de agosto de 2019

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *salvamento de votos*

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



SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: VICTORIA EUGENIA MARTINEZ ALEGRÍAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICADO: 11001 31 05 024 2018 00499 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

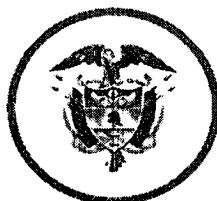
A continuación, se expresan las razones por las cuales se presenta salvamento parcial de voto respecto de la decisión adoptada por la mayoría:

En el presente caso estudió la viabilidad de la condena relacionada con los intereses moratorios, respecto de los cuales si bien la jurisprudencia ha indicado que proceden en el evento de las pensiones reconocidas dentro del marco del acuerdo 049 de 1990, en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, como lo fue en el asunto que se tramita, también se debe tener en cuenta que en el presente caso había lugar a tener en cuenta que el reconocimiento del retroactivo se realiza primero por la aplicación de la jurisprudencia sobre la desafiliación tácita porque no se registró la novedad de retiro, generando como consecuencia la aplicación de la jurisprudencia sobre la morigeración de los intereses moratorios expresada en las sentencias proferidas en los procesos identificados con las raditaciones 43602, 44526 y 45312, esto es, cuando la actividad de la administración se debió a la aplicación estricta de la ley, esto es, el Acuerdo 049 de 1990 artículos 13 y 35.

Aunado a lo anterior, se considera que frente los intereses moratorios se causan a partir de una fecha determinada en la medida en que se causan por el retroactivo de unas mesadas específicas y no por las que se están causando, por lo tanto operaba el fenómeno de la prescripción dado que la solicitud de los mismos se resolvió el 17 de junio de 2015 y la presentación de la demanda se realizó el 24 de agosto de 2018, transcurriendo de esta manera el término trienal señalado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTYSS.

Por consiguiente, la condena de intereses moratorios contenida en la sentencia de primera instancia se debió revocar.


ANGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 025 2018 00291 01
DEMANDANTE: RUBÉN RODRÍGUEZ GALLEGO.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., Treinta y Uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta ciudad, el 8° de noviembre de 2019.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer y pagar pensión de invalidez, a partir de 26 de febrero de 2015, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de 1990, de conformidad con el principio de la condición más beneficiosa y la parte considerativa de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, confirmada por esta Corporación, más el retroactivo pensional, los intereses moratorios, la indexación y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 12 de febrero de 1952 y que debido a las secuelas de un accidente de trabajo le fue dictaminado por parte de la ARL del Instituto de Seguros Sociales, una pérdida de capacidad laboral del 30% con fecha de estructuración de 11 de septiembre de 1997, el cual fue modificado por la Junta Regional del



Tolima, a través de experticia de 18 de diciembre de 2001, el cual determinó una PCL de 55% de origen común y estructuración de 1º septiembre de 1997. Refiere que ante la apelación presentada, la Junta Nacional de Calificación estableció el 18 de marzo de 2003, una PCL de 46.41% de origen común y momento de consolidación de la invalidez de 4º de abril de 2002.

Aduce que presentó demanda ordinaria laboral con el fin de impugnar el dictamen de la Junta Nacional, la cual correspondió al Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, quien en la parte considerativa de la sentencia de 21 de julio de 2016, confirmada por el Tribunal, manifiesta que la Universidad Nacional de Colombia “*con la emisión del dictamen del 27 de noviembre de 2015, **ACTUALIZA** el dictamen de fecha 18 de marzo de 2003 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, teniendo en cuenta que esta entidad, realizó la valoración médica el 18 de marzo de 2003 y la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA más de 12 años después*”. Además, que encontró más deteriorada la condición de salud por lo que le asignó una PCL del 50.02%, de origen común con fecha de estructuración de 26 de febrero de 2015.

Manifiesta que, entre el 25 de marzo de 1971 al 18 de febrero de 2014, cotizó un total de 558,87 semanas, de las cuales aportó 441.57 semanas en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, es decir, antes de la Ley 100 de 1993. Finalmente, que reclamó la pensión, la cual fue negada mediante Resolución SUB 218069 de 6º de octubre de 2017, al no ser la Universidad Nacional el ente competente para emitir el correspondiente dictamen.

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, el accidente de trabajo, la calificación de pérdida de capacidad laboral efectuada por las Juntas, la demanda presentada en el Juzgado Veintisiete Laboral, las semanas cotizadas y la reclamación administrativa. Frente a los demás, adujo no constarle o no ser ciertos.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y las demás que sean declarables de oficio (f.º 89 a 94).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8º de noviembre de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

En sustento de su decisión, indicó conforme al artículo 41 de la Ley 100 de 1993 el “*documento*” debatido en otro despacho no fue emitido por entidad competente, además, que no fue allegado al presente plenario como dictamen, sino como “*documento*” que la contraparte no pudo controvertir, por lo que no le asiste el derecho a la pensión, por no tener el carácter de invalido.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al argumentar que dentro del proceso ordinario laboral adelantado en el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, se impugnó el dictamen de la Junta para que a través de una entidad competente como la Universidad Nacional hiciera la experticia el cual fue llegado al proceso y fue valorado por el juzgado el señaló que este actualizaba la PCL en 50.02% y fecha de estructuración de 26 de febrero de 2015. Por tanto, no se le puede desconocer a las decisiones judiciales el poder vinculante y menos desconocer este tipo pruebas, por lo que tiene derecho a la pensión de invalidez.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez reclamada.

Para dilucidar problema jurídico, se encuentra probado que: **i)** la Junta Nacional de Calificación el 18 de marzo de 2003 estableció una pérdida de capacidad laboral al demandante de 46.41% de origen de común y fecha de estructuración de 4º de abril de 2002, según hecho aceptado en la contestación de la demanda por Colpensiones; **ii)** el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso radicado n.º 2011 00240, negó las pretensiones del actor mediante sentencia de 21 de julio de 2016, a través del cual impugnó el dictamen de proferido por la citada Junta Nacional, la cual fue confirmada por esta Corporación el 22 de febrero de 2017 (f.º 51 y 52); **iii)** durante el trámite del proceso en mención, se decretó y practicó dictamen pericial ante la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, quien determinó al promotor del juicio una PCL del 50.02%, con ocasión de una enfermedad de origen común con fecha de estructuración de 26 de febrero de 2015 (f.º 8 a 15); **iv)** conforme el reporte de semanas cotizadas allegado por el demandante actualizado a diciembre de 2014 visible a folio 16 a 19, Rubén Rodríguez Gallego, cotizó al régimen de prima media del 25 de marzo de 1971 hasta el 28 de febrero de 2014, un total de 558,57 semanas, y según Resolución SUB 264083 de 26 de noviembre de 2017, durante el mismo periodo acredita un total de 674 semanas (f.º 99 y 102 CD expediente administrativo).

Ahora bien, conviene precisar que el derecho a la pensión de invalidez debe ser dirimido a la luz de la legislación que se encuentra vigente al momento de la estructuración de la misma, tal como lo ha señalado de manera reiterada y pacífica la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencias CSJ SL7529-2016, CSJ SL11410-2017, CSJ SL21067-2017, CSJ SL21062-2017, CSJ SL353-2018, CSJ SL2008-2018, CSJ SL3273-2018, CSJ SL4567-2019, CSJ SL409-2020, CSJ SL770-2020).

Igualmente, frente a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, en virtud de la condición más beneficiosa cuando la estructuración de la invalidez se ha dado en vigencia de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, invocado por el demandante, la máxima Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral tiene adoctrinado que ello nos precedente, dado que no es posible dar aplicación a la plus ultractividad de la ley, esto es, hacer una búsqueda interminable de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del peticionario o cuál resulta ser más favorable, pues con ello se desconoce que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro (CSJ SL14486-2017, SL15198-2017, SL7781-2017, SL4737-2017, SL8305-2017, SL1689-2017 y SL2020-2020).

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia en aplicación de la condición más beneficiosa ha atenuado en ciertos casos, la rigurosidad del principio de la aplicación de la ley vigente, pero sólo perspectiva a cobrar efectos jurídicos la norma inmediatamente anterior derogada, bajo unas reglas precisas que se sintetizan en la sentencia SL2358-2017 reiteradas en SL1885-2020. Pues, tal principio *“es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de un situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional su aplicación necesariamente es retringida y temporal.*

Así pues, en virtud de las anteriores reglas jurisprudenciales y al margen de la discusión que pueda presentar en este proceso la aplicabilidad del dictamen emitido por Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, el cual dispuso una PCL del 50.02%, con fecha de estructuración del 26 de febrero de 2015, la decisión en este caso igualmente sería absoluta, dado que a pesar de tenerse por demostrada

la invalidez superior al 50%, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003, el señor Rubén Rodríguez Gallego no acredita tener cotizadas las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de haberse estructurado su invalidez, pues, entre el 26 de febrero de 2012 y el 26 de febrero de 2015, solo exhibe 6 semanas.

Tampoco era viable valerse de la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema en la sentencia SL2358-2017, pues conforme al dictamen de la Universidad Nacional el demandante consolidó la invalidez después de 26 de diciembre de 2006, más exactamente el 26 de febrero de 2015 y no contaba con 26 semanas de aportes dentro del año inmediatamente anterior a la vigencia de la Ley 860 de 2003, esto es, entre el 26 de diciembre de 2002 y el 26 de diciembre de 2003, dado que no realizó cotizaciones entre el 1º de enero de 1999 y el 31 de diciembre de 2013 (f.º 102 CD expediente administrativo).

Igualmente, no tendría derecho a la prestación en aplicación del parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, como quiera que el afiliado no ha aportado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez y mucho menos ha cotizado 25 semanas en los últimos tres años.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión analizada en grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en la instancia ante su no causación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 8º de noviembre de 2019, conforme a las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



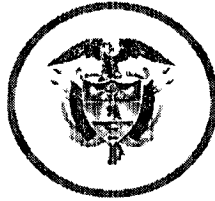
DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 110013105 04 2017 00831 01.

DEMANDANTE: HENRY ÁVILA SANTAMARÍ

DEMANDADO: SURAMERICANA DE TRANSPORTES SA

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta estudia la Sala en esta audiencia la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, el 8° de agosto de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de enero de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1990. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar el cálculo actuarial correspondiente y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó sus servicios a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido, desempeñándose como conductor de tractomula con un salario mensual de \$123.210. Que la demandada solo lo afilió a seguridad partir del 13 de junio de 1989 y le canceló aportes hasta el 31 de agosto de 1989, pero la historia laboral no refleja la afiliación ni el pago (Fls 4 a 7).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de contrato de trabajo, la inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la prescripción extintiva de los derechos y la caducidad de la acción, la buena fe de Suramericana de Transportes S.A., el enriquecimiento sin causa y mala fe del actor (Fls 43 a 45).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8º de agosto de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

En sustento de su decisión, indicó que señaló que el accionante no demostró haberle prestado servicios a la demandada.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones del demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Conciérne a la Sala determinar si la demandada debe pagar el cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones en pensiones, durante el periodo en el que el accionante alega le prestó servicios personales.

Pues bien, anota la Sala que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. En ese sentido, corresponde al trabajador demostrar la prestación del servicio para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, es decir, no es necesario que el trabajador demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016 y SL2480-2018.

En el presente caso, para demostrar la existencia del contrato de trabajo en el periodo afirmado, la demandante aportó certificado que contiene el logo de la demandada y fue suscrito por Jairo Humberto Fandiño, en el que se indica que el accionante trabajó como conductor de tractomula de placas WZ3210 durante dos años (f.º 11). Igualmente, allegó un documento aparentemente emanado del Instituto de Seguros Sociales, en la cual se lee que la demandada Suramericana De Transportes efectuó cotizaciones en favor del demandante entre el 13 de junio de 1989 y el 1º de agosto de 1989 (f.º 12).

A solicitud de la parte actora fue practicado el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada de nombre Ángela María Rodríguez, quien manifestó que en los archivos de la empresa no existe contrato alguno firmado entre el accionante y la demandada. Respecto de la certificación de 28 de noviembre de 1990, señaló que esta fue firmada por Jairo Humberto Fandiño quien no ostentaba ningún cargo en la empresa, hoy es el suplente del representante legal y en esa época era el representante legal.

El Juez de oficio decretó el testimonio de Jairo Humberto Fandiño, quien manifestó conocer al demandante hace 39 años, porque era conductor de una tractomula de su propiedad. Al ponérsele de presente la certificación obrante en el expediente, reconoció su firma y precisó que en la época en que la misma se expidió él era representante legal de Suramericana De Transportes y le impartía instrucciones al accionante,

pero en su condición de propietario del vehículo y no como gerente. Dijo que usó el membrete y documento de la empresa, pero no suscribió el documento como gerente de Suramenricana De Transportes. Además, que el demandante trabajó para él y no para la empresa.

A solicitud de la parte demandada fue practicado el interrogatorio de parte al promotor del juicio, quien confesó *“yo trabajé con don JAIRO HUMBERTO conduciendo una tractomula”*. Manifestó que el vehículo de placas WZ3210 era de propiedad de Jairo Humberto, pero que tenía el logo de la empresa. Señaló que Suramenricana De Transportes le pagó prestaciones a través del señor *“Jairo”* quien le impartía órdenes a través de la empresa que era de propiedad suya y de Simón Rodríguez.

Bajo ese panorama, analizadas en conjunto las pruebas relacionadas, estima la Sala que el demandante no demostró haber prestado sus servicios personales a la demandada durante el periodo comprendido entre el 10 de enero de 1989 y el 31 de diciembre de 1990. En efecto, el documento de folio 11, resulta indicativo de la prestación del servicio, no obstante, no señala las fechas entre las cuales se dio el vínculo, dado que señala de manera genérica que fue conductor en un *“periodo de dos (2) años”*, aspecto que no puede ser presumido por la Sala. En todo caso, aunque el documento fue elaborado en papelería y membrete de Suramericana De Transportes, lo cierto es que el demandante al absolver interrogatorio de parte confesó que sus servicios fueron prestados a Jairo Humberto Fandiño, de quien recibió órdenes.

A su turno, el testigo Jairo Humberto Fandiño describió la misma situación, al precisar que el accionante fue conductor de un vehículo de su propiedad y que, si bien le generó un certificado, no lo hizo en su calidad de representante legal de la demandada, sino como propietario de la tractomula que el demandante le manejaba.

En este horizonte, no se configura la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, pues, si bien el actor

demonstró que se desempeñó como conductor de tractomula, ello, sucedió a órdenes de una persona diferente a la enjuiciada.

En este orden de ideas, se confirma el fallo de primera instancia, como quiera que la parte demandante no cumplió la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso.

Sin costas en la consulta.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8º de agosto de 2019.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

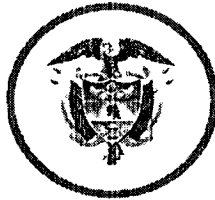
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 110013105 05 2017 00362 01

DEMANDANTE: ÁNGELA MILENA NIÑO TOVAR

DEMANDADO: IATAI ANDINA S.A.S., LAURENT FILIPPE DIDIER FOSSAERT
CANAL Y DANIEL ARANA SERGIO.

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, el 12 de julio de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que sostuvo un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada IATAI ANDINA SAS desde el 1° de diciembre de 2015 y el 1° de febrero de 2017. En consecuencia, se condene a la empresa demandada a cancelarle la indemnización por despido injustificado por incumplimiento del acuerdo de transacción firmado el 1° de febrero de 2017. Se le ordene pagar sanción moratoria e indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, las demás condenas a imponer y las costas del proceso. Subsidiariamente, declarar ilegal el acuerdo de transacción, por no darle la empresa cumplimiento al punto 4 del documento, esto es, no contener el aval del inspector del trabajo o juez laboral. Se condene a la demandada la indexación que corresponda sobre los conceptos relacionados en el punto tres de la transacción.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 15 de diciembre de 2015 se vinculó a la demandada IATAI ANDINA SAS mediante contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse como Project Manager o gerencia de proyectos para el desarrollo de aplicaciones informáticas con entidades bancarias que requerían su liderazgo. Que devengó como último salario \$4.800.000 y el 1º de febrero de 2017 el gerente de la empresa le informó sobre la terminación del contrato más el pago de la indemnización correspondiente, por no existir justa causa. Señala que el 1º de febrero de 2017, suscribieron acuerdo transaccional en el que se indicó que el empleador entregaría la suma de \$6.282.672. que el 15 de mayo de 2017 mediante depósito judicial la demandada canceló parcialmente la liquidación final de prestaciones sociales en la suma de \$14.020.593 (Fls. 1 a 8 y 193 a 202 reforma).

Al dar respuesta a la demanda, LAURENT FILIPPE DIDIER FOSSAERT CANAL Y DANIEL ARANA SERGIO, se opusieron a las pretensiones condenatorias. Frente a los hechos señalaron que ninguno de ellos les constaba. En defensa de sus intereses propusieron las excepciones de inexistencia de responsabilidad de los socios de IATAI e improcedencia del pago de gastos y costas del proceso y de un fallo ultra y extra petita (Fls.105 a 114, 225 a 237, 267 a 278)

IATAI ANDINA SAS, al contestar señaló que las partes decidieron terminar el contrato de trabajo por mutuo acuerdo y suscribir un acuerdo transaccional, precisando que la empresa realizó el pago de acreencias laborales. Propuso las excepciones de improcedencia de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, pago, improcedencia de la indemnización por falta de pago e improcedencia d pago de gastos y costas del proceso y de un fallo ultra y extra petita (Fls. 119 a 134, 204 a 224 y 245 a 264).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de julio de 2019, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la promotora del juicio \$20.960.000, por concepto de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, suma que deberá ser indexada desde junio de 2017 y hasta que se verifique el pago de la obligación (Fl. 281 a 283).

En sustento de su decisión, indicó que señaló que entre la fecha en la que finalizó en contrato y aquella en la que se puso en conocimiento el pago de la liquidación final transcurrió un periodo más alto del considerado aceptable para las empresas del sector privado, por lo que se causa en favor de la actora el pago de la sanción moratoria

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que debe ser revocada la condena impuesta por cuanto en el contrato de transacción las partes transaron cualquier diferencia emanada de la relación laboral y específicamente se habla de las indemnizaciones, lo que comprende también la indemnización por falta de pago. Adicionalmente, señaló que no concurrieran al proceso no es indicativo de mala fe, pues se pagaron todas las acreencias laborales y la tardanza obedeció a la demora en la consecución de la cita ante el Inspector de trabajo para elevar a conciliación el acta de transacción.

De otra parte, alegó que no procede la indexación porque la indemnización contempla los perjuicios que se le pudieron haber causado por la demora en el pago y en ese evento se estaría aplicando doble sanción por el mismo concepto. Finalmente, señaló que al observar la reforma a la demanda la indemnización por falta de pago se incoa como pretensión principal y la indexación en forma subsidiaria, siendo así que al haberse otorgado la primera la segunda no podría imponerse

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala determinar en primer término, si la demandada debe ser absuelta de reconocer y pagar a la promotora del juicio sanción moratoria por el pago tardío de salarios y prestaciones a la terminación del contrato.

Para responder tal cuestionamiento, necesario es precisar que está demostrado y no es materia de controversia, que la demandante ÁNGELA MILANA NIÑO TOVAR prestó servicios a IATAI ANDINA SAS, como Project manager entre el 1º de enero de 2015 y el 1º de febrero de 2017, durante el cual devengó como último salario la suma de \$4.800.000. En todo caso, tanto los extremos del vínculo y el cargo se encuentran certificados por la demandada a folio 149.

De la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo

En relación con este punto de apelación, anota la Sala que la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, no opera de forma automática ni inexorable, pues, para su procedencia, se debe indagar si el comportamiento omiso del empleador estuvo revestido de buena o mala fe. (CSJ SL458-2013; CSJ SL589-2014; CSJ SL11591-2017; CSJ SL17429-2017; y CSJ SL912-2018).

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, se encuentra demostrado que aunque el vínculo laboral finalizó el 1º de febrero de 2017, la liquidación final del contrato de trabajo correspondiente a salarios y prestaciones solo fue cancelada mediante título de depósito judicial el 15 de mayo de 2017, el cual se puso en conocimiento de la promotora del juicio el 11 de junio de 2017, según consta en comunicación de folio 147 y según confesó la accionante al absolver interrogatorio de parte.

De otro lado, conforme al contenido del documento de folios 18 y 19, las partes suscribieron acuerdo de transaccional el 1º de febrero de 2017, en el cual se acordó finalizar de mutuo acuerdo el vínculo laboral a partir de esa fecha y pactaron además que:

“3. Por otra parte y de manera independiente y autónoma, el empleador ha decidido conceder una suma conciliatoria por los servicios prestados por el trabajador por el valor de \$6.282.672, suma esta que no es constitutiva de salario ni factor prestacional para ningún efecto legal en los términos de las normas vigentes

4. Las partes acuerdan que la suma conciliatoria por los servicios prestados se causará y cancelará una vez se realice la correspondiente diligencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo o un Juzgado Laboral del Circuito y la forma de pago se determinará en tal documento”.

Como se ve las partes, sometieron a condición el pago de la suma conciliatoria, de \$6.282.672, no obstante, y como es lógico nada se dijo de la liquidación final de salarios y prestaciones, de conformidad con el documento de folio 144, la cual ascendía a \$7.748.222. En consecuencia, el argumento de apelación, según el cual, la demandada no canceló los salarios y prestaciones debidas a la finalización del vínculo por la demora en la obtención de la cita para que el Inspector de Trabajo impartiera aprobación al acuerdo, no es de recibo, pues recuérdese que a la terminación del contrato de trabajo el empleador adquiere la calidad de deudor frente a quien fuera su trabajador y debe concurrir con el pago de las sumas adeudadas en un tiempo prudencial, que en manera alguna, puede ser de más de cuatro meses como ocurrió en el presente asunto, en el que habiendo concluido el vínculo el 1º de febrero de 2017 el pago solo se notificó a la accionante hasta el 11 de junio de la misma anualidad.

Estima la Sala que el actuar de la demandada se encuentra revestido de mala fe, pues suscribió un contrato de transacción sometido a una condición que nunca concretó y escudado en el mismo, omitió cancelar oportunamente los derechos ciertos de la promotora del juicio, que de todas formas y como es lógico, por ser indiscutibles no hicieron parte del acuerdo.

Así las cosas, no encuentra la Sala razones o circunstancias atendibles por las cuales el empleador a la terminación del contrato de trabajo no satisfizo todos los valores a que estaba obligado laboralmente con su trabajadora. Máxime cuando suscribió un acuerdo, por lo que no hay lugar a revocar la sentencia en este punto.

De la indexación

Argumenta la parte demandada que no es procedente indexar la suma establecida como sanción moratoria, pues por un mismo hecho se estaría imponiendo una doble condena. Además, precisa que la indexación fue apenas una pretensión subsidiaria, por lo que habiéndose reconocido la pretensión principal, que lo fue la sanción moratoria, no hay lugar a reconocer la subsidiariamente solicitada.

Sobre el particular, valga precisar que el juez de primera instancia determinó como sanción moratoria la suma de \$20.960.000, la que corresponde a un día de salario \$160.000 diarios (\$salario 4.800.000), entre el 1º de febrero de 2017, cuando finalizó el contrato y el 11 de junio de la misma anualidad cuando el actor tuvo conocimiento del pago mediante depósito judicial, suma esta que se precisa no mereció reparo alguno a la demandada.

Ahora, entre el momento en que la empresa cumplió con su obligación y dejó de generarse día a día la sanción moratoria, ha transcurrido un periodo de tiempo importante en el que la moneda ha perdido su valor adquisitivo y las consecuencias negativas de esta depreciación no tienen que ser asumidas por la accionante, por lo que resultó acertada la conclusión del juez.

En todo caso, habiéndose solicitado la indexación, es claro que tal pretensión fue rebatida en juicio y en manera alguna sorprende a la demandada la imposición de la condena. De otro lado, si bien la indexación fue peticionada de manera subsidiaria tal como se alega en el recurso, no puede perderse de vista que el operador judicial está llamado a

interpretar de manera conjunta la demanda y además está facultado por ley para fallar más allá de lo pedido, según lo dispone el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO CONFIRMAR el fallo apelado.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

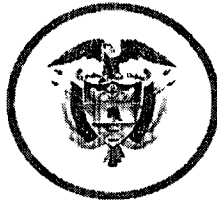
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 110013105 008 2017 00689 01

DEMANDANTE: ELKIN ALEJANDRO FONTILLA GAITÁN

DEMANDADO: INTERNACIONAL LOGÍSTICA S.A.S.

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad, el 18 de julio de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad Internacional Logística S.A.S., desde el 1° de marzo al 15 de julio de 2015; en consecuencia, se condene al pago de las prestaciones sociales, las vacaciones, la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la sanción por despido injusto y las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se vinculó como contador con la demandada, inicialmente desde el 1° de septiembre de 2012 al 31 de enero de 2015, mediante contrato de prestación de servicios, posteriormente, desde el 1° al 28 de febrero de 2015 mediante un contrato de trabajo, el cual finalizó por renuncia del actor. Finalmente, fue contratado verbalmente el 1° de marzo de 2015 para prestar sus servicios

en cumplimiento de un horario de lunes a viernes, de 8:00 de la mañana a 5:00 de la tarde, con una hora de descanso, y los sábados de 8:00 de la mañana a 12:00 del mediodía; que cumplió órdenes de los superiores, labor por la que percibía un salario de \$3.706.449, según certificación laboral.

Cuenta que tenía firma autorizada en una entidad bancaria, era personal de confianza por lo que debía quedarse hasta altas horas de la noche para rendir los informes correspondientes. Tenía su sitio de trabajo en las instalaciones de la empresa, con personas a cargo. Que fue despedido bajo una causal inexistente.

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Refirió, que si bien mantuvo en el mes de febrero una vinculación con el actor de tipo laboral, ésta finalizó precisamente por decisión de éste, en la que señaló que podían contar con su compromiso y dedicación ya no como empleado sino como contratista, es así que desde el 1º de marzo de 2015 el demandante no cumplía horario, el número de veces que asistió a la empresa fueron variadas en los diferentes meses; pagaba sus propios aportes a la seguridad social y se le cancelaba honorarios. Aclaró que la certificación laboral hace referencia a su vinculación como contratista o proveedor, por lo que la carta de terminación del vínculo contiene un error al haberse trabajado sobre una plantilla.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas; la inexistencia del vínculo laboral; la prescripción; el abuso del derecho; la presunción de buena fe; la temeridad y mala fe del demandante; la falta de título y ausencia de causa para pedir; el enriquecimiento sin justa causa comprobada; el cobro de lo no debido; la compensación y la demás declarables de oficio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de julio de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

En sustento de su decisión, manifestó que pese a que se acreditó la prestación personal del servicio y éste activó la presunción consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cierto era que conforme las pruebas documentales y las declaraciones rendidas por los testigos, se lograba desvirtuar la misma, al verificarse que el demandante no cumplía horario, ejercía su labor de manera autónoma, no la hacía de manera permanente o no requería su presencia constante en la empresa, no había un orden de actividades, el actor diseñaba su plan de trabajo, nadie le dirigía el trabajo, simplemente le revisaban que hubiese cumplido con su compromiso, no estaba sujeto a un horario, y no asistía de manera frecuente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, al manifestar que se encuentra plenamente demostrada la existencia de la relación laboral subordinada con la certificación laboral de 27 de junio de 2016 la cual no fue desvirtuada por la demandada, así mismo que contaba con firma autorizada en los bancos. Por tanto, solicita se revoque el fallo de primera instancia y se condene a la demandada.

Por su parte, **la accionada** apeló al solicitar la condene en costas al actor, se declaren probadas todas las excepciones formuladas y se emita algún pronunciamiento acerca del actuar irregular e irreprochable del demandante al sustraer documentos de la compañía.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los cuestionamientos planteados con la apelación, se aplicará lo consagrado en los artículos 66 y 66A del Código de Procedimiento del Trabajo, es decir, que solo se estudiarán las inconformidades planteadas en los citados recursos.

1. Del recurso de apelación parte demandante

No es materia de discusión en este juicio, la vinculación que existió entre las partes desde el 1º de septiembre de 2012 al 31 de enero de 2015 mediante un contrato de prestación de servicios, así como tampoco el contrato de trabajo acaecido entre el 1º al 28 de febrero de 2015. No obstante, teniendo en cuenta que se encuentra en discusión la existencia de un contrato de trabajo entre el 1º de marzo al 16 de julio de 2015, pasa la Sala al análisis del caso concreto.

En tal sentido y con el fin de determinar los presupuestos de la norma que configuran un contrato de trabajo, resulta importante remitirnos a lo preceptuado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala que para que se configure la existencia del contrato de trabajo, se requiere la concurrencia de tres elementos, a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha señalado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio, a la demandada corresponde desvirtuar la presunción

establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Frente al punto, en sentencia SL16528, reiterada en SL2608-2019, recordó que:

«acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de la subordinación laboral, por tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente»

En ese horizonte, se advierte que la prestación personal del servicio se logra acreditar con la certificación expedida por José Orlando Forero en calidad de Director General (fl. 22), con los comprobantes de egreso (fl. 374 a 376, 379, 380, 383, 384, 387 a 389, 392) y con el denominado *“documento equivalente a la factura”* (fl. 385, 393, 394, 396, 397). Igualmente, se corrobora con las declaraciones rendidas por los testigos Oscar Mauricio Peña, Antonio Sánchez y Luz Mery Mancilla Rangel, quienes manifestaron que dentro del periodo reclamado el demandante prestó sus servicios como contador.

Una vez determinada la anterior situación, opera a favor del demandante la presunción de existencia del contrato de trabajo, la cual una vez aplicada, será carga de la prueba de la demandada demostrar que la relación laboral fue realmente de naturaleza civil o que en la ejecución de la labor quien prestó el servicio lo hizo con toda la autonomía propia de los contratistas independientes.

En ese orden de ideas, conforme al material probatorio allegado, la citada presunción se logra desvirtuar por la llamada a juicio, pues la testimonial recaudada permite verificar que la relación que unió a Elkin Fontanilla con la encartada entre el 1º de marzo al 15 de julio de 2015 fue de estirpe diferente a la laboral, dado que éste podía actuar con plena autonomía, con desarrollo de sus actividades en el espacio de tiempo que él dispusiera, sin recibir órdenes, sin cumplir horario.

En efecto, Oscar Mauricio Peña Manifestó que ejerció para la época de los hechos el cargo de auxiliar contable y, el de contador cuando el demandante finalizó su contrato. Relató respecto al actor, que el tema de asistencia no era concurrída, él no asistía todos los días, los sábados no iba a las instalaciones y de lunes a viernes no iba todos los días; no había exigencia de horarios, nunca estaba a las 8:00 de la mañana en la oficina, pese a que el horario era de 7:30 am a 05:00 pm; su ingreso y salida no estaba estipulado; debía presentar cuenta de cobro junto con el pago de los aportes a la seguridad social; no era subordinado de los directivos de la empresa, generaba la actividad profesional de manera independiente; no tenía asignada una oficina exclusiva; que al no ser su permanencia constante en las oficinas, le fue asignado una línea de celular para mantener comunicación con él; los informes debía presentarlos mensualmente.

Por su parte, Antonio Sánchez Avellaneda relató que es el revisor fiscal de la sociedad enjuiciada desde el año 2011 aproximadamente, conoció al actor porque fue su alumno en la universidad, y él lo recomendó en la empresa accionada. Cuenta respecto al actor, que no había una sujeción de horarios, ni un orden de actividades sino simplemente un compromiso de llevar a cabo ciertas actividades teniendo en cuenta que cada uno establece la prioridad de la actividad a desarrollar, debía presentar informes mensuales. Narró, que el contrato de trabajo que sostenía el actor con la demandada finalizó en febrero por voluntad de él precisamente por el tema de los horarios, es por ello, que le sugirió a los directivos prestar sus servicios pero bajo la modalidad de contratista. Informa que en los contratos de prestación de servicios se establecen unos compromisos y eso es lo que debe cumplir, debiendo presentar informes mensualmente. Cuenta, que siempre hablaba con el demandante que aquél tenía unas asesorías externas, pero no sabía si era como revisor fiscal, como contador o una simple asesoría general. Enfatizó, que en la prestación de servicios no hay horarios, simplemente debe cumplir con lo acordado.

La testigo Luz Mery Mancilla Rangel, sostuvo que trabaja en la parte de bodegas, conoció al demandante porque cuando ingresó a la compañía él ya estaba en la empresa. Relata que el actor estaba en la oficina en momentos aleatorios, razón por la que era más el tema con “Oscar o Jhonatan”; nunca advirtió que al accionante le emitieran alguna orden; él no tenía horario lo encontraban en diferentes momentos; el ingreso era por el parque empresarial por medio de una tarjeta lectora.

De los testimonios se evidencia, que se trata de personas que tuvieron bajo la directa inspección de sus sentidos los hechos que narraron, dieron las explicaciones atinentes al lugar, tiempo y modo en que obtuvieron el conocimiento de lo manifestado. Fueron coincidentes al relatar situaciones que dejan ver, que la prestación personal de los servicios del demandante no era la propia de un contrato de trabajo, pues narraron de manera unísona que no estaba sujeto a horario, era autónomo en la organización de sus actividades, no asistía a las instalaciones de la compañía todos los días como los empleados vinculados por contrato de trabajo, tanto así, que le fue suministrada una línea telefónica precisamente para mantener comunicación con él los días que no prestaba sus servicios en la oficina, debía solamente cumplir con los compromisos acordados en el contrato pero, era él quien determinaba el orden de los mismos.

Es decir, que los servicios prestados por el promotor o la relación que mantuvo durante el periodo reclamado en la presente acción judicial, no fue propia del contrato de trabajo.

Ahora bien, se advierte que el argumento principal del demandante en la apelación, estriba en que la demandada no logró desvirtuar el contenido de la certificación de 27 de junio de 2016 visible a folio 22 del plenario, no obstante, leída la misma, se tiene que en ella se precisó:

“El señor ELKIN ALEJANDRO FONTANILLA GAITÁN, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.745.254, fue Contratista Proveedor de Servicios como contador en nuestra compañía en los periodos: Desde el 15 de septiembre de 2012 hasta 31 de enero de 2015 y 1 de

marzo de 2015 hasta el 15 de julio de 2015, con contrato a término indefinido. Percibió ingresos promedio mensuales de Tres Millones Setecientos seis mil cuatrocientos cuarenta y nueve pesos (\$3.706.449), todos los pagos efectuados al Contratista fueron sujetos de retención en la fuente a la tarifa del 10% por concepto de Honorarios profesionales, como también el Impuesto de Industria y Comercio Ica, dichas retenciones han sido consignadas oportunamente a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y a la Secretaría De Hacienda Distrital” (subrayado de la Sala)

Es decir, que se indicó que la vinculación que mantuvo el actor con esa sociedad en los periodos del “15 de septiembre de 2012 hasta 31 de enero de 2015 y 1 de marzo de 2015 hasta el 15 de julio de 2015” fue en calidad de contratista pero, así mismo, se señaló que fue mediante un contrato de trabajo, incongruencia que se enmienda precisamente con las declaraciones rendidas por los testigos, quienes como se indicó, coincidieron en que el demandante en el ejercicio de sus funciones fue autónomo e independiente, y no estuvo sometido al cumplimiento de órdenes ni horarios, es decir, que su vinculación no estuvo regida por un contrato de trabajo.

Es que es menester anotar, que la certificación por sí sola no acredita la existencia del contrato de trabajo, pese a que en ella se hace mención a éste, pues las realidades fácticas que fueron narradas por los testigos son los que desvirtúan la naturaleza laboral de la relación que unió a las partes.

Así las cosas, resulta acertada la decisión del *A quo*, por lo que se confirmará el fallo apelado frente a este punto.

2. Del recurso de apelación de la parte demandada

Se duele la demandada, que el juez de instancia no haya condenado en costas al demandante, pese a haberse absuelto a la enjuiciada de todas las pretensiones incoada en su contra.

Sobre el particular, recuerda la Sala que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida

en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto.

En el presente asunto, se evidencia que el demandante resultó vencido en juicio, como quiera que se absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra, no obstante, llama la atención que el juez de conocimiento dispuso no imponer condena de costas en su contra, pese a que conforme la disposición legal, ésta era procedente.

En ese orden, le asiste razón a la parte encartada, por lo que ha de revocarse el numeral cuarto de la sentencia apelada, para en su lugar, condenar en costas de primera instancia al demandante, las cuales serán fijadas por el juzgado.

Ahora bien, en lo que atañe a la inconformidad de la parte demandada relativa a que debió declararse probadas todas las excepciones que fueron formuladas en el escrito de contestación de la demanda, es preciso anotar, que al haberse declarado probada la excepción de inexistencia del vínculo laboral y falta de causa para reclamar, que precisamente conduce a la absolución de la convocada al juicio, era innecesario el estudio de las demás, pues, el fin último de la demandada es que no se acceda a las pretensiones de la demanda, que fue lo que ocurrió.

En lo relativo a emitir un pronunciamiento frente al actuar irregular e irreprochable del demandante al sustraer documentos de la compañía, se precisa que ello desborda la competencia de este Tribunal, no obstante, si la parte lo estima, puede poner en conocimiento de la autoridad competente dicha situación.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 18 de julio de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, condenar en costas de primera instancia a la parte demandante, las cuales deben ser fijadas por el juzgado, conforme las consideraciones expuestas.

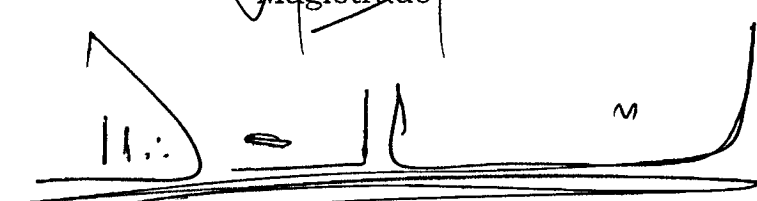
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado.

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia ante su no causación.

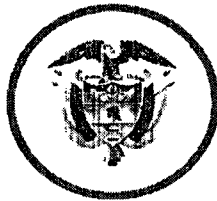
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 110013105 013 2019 000028 01.

DEMANDANTE: JUAN ANTONIO VIDELA RICO

DEMANDADO: OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de esta ciudad, el 8° de agosto de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a partir de 2° de enero de 1989 hasta el 22 de diciembre de 1992, que devengó como último salario la suma de \$948.600. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar los aportes en pensión por el tiempo laborado y no cotizado a través de reserva actuarial, título o bono pensional a su cuenta de ahorro individual administrada por AFP Old Mutual, la cual deberá calcular el mismo, más las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios a Occidental De Colombia LLC desde el 2° de enero de 1989 hasta el 22 de diciembre de 1992 y devengó como último salario la suma \$948.600. refiere que en vigencia del contrato de trabajo su empleador no lo vinculó al ISS, ni realizó aportes a dicha entidad. Que, mediante comunicación de

15 de febrero de 2018, la demandada le entregó certificado laboral y salarial, informándole que no lo afilió a seguridad social y no accedió a trasladar la reserva actuarial a su fondo de pensiones. Igualmente, que solicitó a su administradora de pensiones requerir a su ex empleador y por su cuenta contrato actuario que determinó que la demandada le adeuda al 31 de diciembre de 2018 el valor de \$265.386.554 (f.º 3 a 22 y reforma 171 a 175).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó que entre las partes se celebró un contrato que estuvo vigente entre el 2º de enero de 1989 y el 22 de diciembre de 1992, que el salario devengado por el accionante en los últimos 6 meses fue de \$948.000 y que no realizó aportes a pensiones, lo cual informó al extrabajador. Respecto de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle los mismos.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, y abuso del derecho (f.º 77 a 93 y 178 a 193).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8º de agosto de 2019, condenó a la demandada a constituir título pensional con destino al fondo pensional donde se encuentre afiliado el demandante, para efectos de cubrir los aportes del periodo que no le cotizó, desde el 2º de enero de 1989 hasta el 22 de diciembre de 1992, teniendo en cuenta el salario devengado en dicha época.

En sustento de su decisión, indicó que la demandada estaba llamada a realizar el aprovisionamiento para que una vez el ISS asumiera el riesgo IVM, trasladara el valor de los aportes, por lo que en aplicación del criterio jurisprudencial fijado tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia, debe concurrir con el pago del título o

cálculo correspondiente, pues el derecho del extrabajador a percibir una pensión de vejez no puede verse afectado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

El accionante argumentó que debe emitirse previamente la orden de realizar cálculo actuarial porque los aporte a pensión se pueden ver afectados, al no tener en cuenta todo el tiempo transcurrido desde que se terminó el contrato de trabajo hasta cuando se profiere la sentencia.

A su turno, la demandada señaló que debe ser revocada la sentencia pues, no omitió ninguna obligación ya que en vigencia del contrato con el demandante no estaba obligada a aportar, pues la Ley 90 de 1946 previó un cubrimiento progresivo y gradual, lo que suponía la existencia de un llamamiento obligatorio de inscripción para las empresas empleadoras por zona geográfica o actividad económica del empleador, que para el caso de las empresas petroleras el llamado se hizo a partir de 1º de octubre de 1993, mediante Resolución 4250 de 1993.

Sostuvo que no se cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 160 del Código Sustantivo de Trabajo, por lo que tampoco estaba obligada a reconocerle ningún tipo de pensión. Arguyo que no hay norma que imponga obligación en cabeza de los empleadores referente a aprovisionar aportes para después trasladarlos al ISS, salvo que el contrato estuviera vigente para el año 1993.

Igualmente, que la figura del cálculo actuarial nació con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en la cual se especifica que la relación tenía que estar vigente o iniciar con posterioridad a la entrada en vigor de tal precepto legal, lo cual no se configura en este caso. Invocó sentencias de tutela en las que la Corte Constitucional en los años 2011 y 2012, en acatamiento de las sentencias de constitucionalidad señala que no existe

obligación alguna en cabeza de empleadores que no habían sido llamadas a cotizar.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Conforme a los argumentos expuestos en la apelación corresponde a la Sala determinar si la demandada debe responder mediante cálculo actuarial por los aportes correspondientes al periodo en que el accionante le prestó servicios.

Para dilucidar el problema jurídico planteado, se encuentra demostrado que: **i)** entre las partes existió una relación laboral, que estuvo vigente entre el 2º de enero de 1989 y el 22 de diciembre de 1992, en todo caso, ello consta en certificado laboral expedido por la demandada y no controvertido o desconocido en el proceso (f.º 37).

Del recurso de apelación de Occidental De Colombia LLC

Afirma con el recurso de apelación que no está llamada a responder por los aportes pensionales respecto del tiempo en que el demandante laboró en su favor, dado que esa obligación se generó a partir de octubre de 1993, es decir, en una data posterior al periodo en que estuvo vigente la relación laboral, por lo que no incurrió en omisión alguna.

Conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se advierte que las normas llamadas a definir los efectos de la *«falta de afiliación»*, en perspectiva de la consolidación del derecho, **«son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados»** (CSJ SL14388-2015).

Igualmente, tiene adoctrinado la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria laboral que el empleador, que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores, máxime cuando se trata de períodos en que aquellas estaban a su cargo, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez. Así lo indicó en sentencia CSJ SL9856-2014, reiterada en SL173002014, SL14388-2015, SL10122-2017, SL15511-2017, SL068-2018, SL1356-2019 y SL1342-2019, en la cual se puntualizó que:

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

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.”

Ello es así, porque el pago del mencionado título a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el trabajador, tiene por finalidad cubrir esos períodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, es decir, su único objetivo es que se perfeccione la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador (CSJ SL5109-2019).

Lo anterior, busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente, tratándose de periodos realmente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales. Por lo anterior, cuando no fue posible la afiliación, lo pertinente es que el empleador pague el título pensional para que se integre el capital que se requiere para el otorgamiento de la pensión de vejez (CSJ SL17300-2014, reiterada en CSJ SL5535-2018).

Conviene resaltar que el cálculo actuarial *«es un mecanismo de financiación de las pensiones ideado por la Ley 100 de 1993, para prestaciones causadas durante su vigencia (CSJ SL14388-2015) sin importar si los tiempos a convalidar se prestaron antes o después de su expedición»* (CSJ SL5539-2019). Por tal motivo, las entidades de seguridad social a efectos de reconocer pensiones, incluso en aplicación del régimen de transición, pueden tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado (CSJ SL9856-2014 y CSJ SL068-2018).

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que para que opere la convalidación de tiempos servidos en los términos del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no es necesario que el contrato de trabajo esté vigente a la entrada en vigor de la norma en comento, toda vez que dicho aparte es contrario a los postulados de la seguridad social y, por ello, lo ha inaplicado, entre otras, en las sentencias CSJ SL 42398, 20 mar. 2013, CSJ SL646-2013, CSJ SL2138-2016, CSJ SL15511-2017 y CSJ SL3937-2018.

En resumen, las reglas y subreglas que emergen de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se sintetizan en que: **(i)** los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, **(ii)** en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, deben estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y **(iii)** la manera de concretar ese gravamen, en casos en los que el trabajador no

alcanzó a estructurar los requisitos para obtener una pensión a cargo del empleador o a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez que otorga el sistema, es facilitar que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Al amparo de las anteriores reflexiones, en el presente caso, aunque la empresa petrolera demandada solamente se vio obligada a realizar la afiliación de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales a partir de 1º de octubre de 1993 (Resolución 4250 de 1993) y al 23 de diciembre de 1993, fecha de entrada en vigor la Ley 100 de 1993, la relación laboral no estaba vigente, lo cierto es que ello, no la exonera de responder por aquellos periodos en que el demandante efectivamente trabajó a su servicio, pues ello iría en detrimento del derecho a la seguridad social en pensiones del trabajador.

Quiere decir lo anterior que el simple trabajo humano, desplegado en favor de un empleador, debe tener efectos pensionales. No puede, en consecuencia, y así sea por razones ajenas al empresario, desecharse tales tiempos, pues, se insiste, son un derecho ligado a la prestación del servicio, de índole irrenunciable. En ese horizonte se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al definir que *«la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado»* (SL 33476, 30 sep. 2008).

Con fundamento en lo expuesto, los argumentos de apelación de la parte demandada no conducen a la Sala a modificar la decisión analizada por lo que no será relevada de las condenas impuestas.

Del recurso de apelación de la parte demandante

Argumenta la parte demandante que debe emitirse previamente la orden de realizar cálculo actuarial porque los aportes a pensión se pueden ver afectados, al no tener en cuenta todo el tiempo transcurrido desde que se terminó el contrato de trabajo hasta cuando se profiere la sentencia.

Pues bien, el literal d) del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, dispone que los tiempos de servicios a tener en cuenta para el cómputo de las semanas para acceder a pensión, serán aquellos servidos a los empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador. Igualmente, dispone la norma en comento en su inciso 2º que, *“En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.”*

Paralelamente, se advierte que el Decreto 1887 de 1994, mediante el cual se reglamentó inciso 2º del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, dispuso la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberían trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones.

En efecto, el artículo 6º del citado decreto dispone el plazo y forma de pago del valor de la reserva actuarial, al señalar que *“El valor correspondiente a la reserva actuarial podrá ser cancelado en su totalidad a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia del presente Decreto, o estar representado en un pagaré denominado Título Pensional, emitido por la empresa o el empleador dentro del mismo plazo”*.

Ahora bien, sobre las obligaciones pensionales de los empleadores derivadas del tiempo de servicio prestado sin cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales, ha señalado la Corte Suprema de Justicia, que los mismos tienen a su cargo el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, (CSJ SL17300-2014, reiterada en la sentencia CSJ SL5535-2018).

En este horizonte, concluye la Sala que el cálculo actuarial es el resultado aritmético de definir el monto de la reserva que el empleador debe trasladar al fondo de pensiones a través de un título pensional, que vendría hacer el instrumento de pago, para financiar la pensión de vejez.

Así las cosas, resulta evidente que la demandada deberá realizar el cálculo actuarial a satisfacción de la administradora del régimen de prima media o régimen de ahorro individual a la cual se encuentre afiliado el demandante, o solicitarle a la misma, su elaboración, si a bien lo tiene (no fue vinculada al proceso ninguna AFP, ni Colpensiones) y proceder a su pago con destino exclusivo al fondo de pensiones obligatorias al cual se encuentre afiliado para que la administradora pague la pensión de vejez de ser el caso.

Bajo ese panorama, se advierte que el juez en la parte resolutive de la sentencia omitió indicar que la demandada deberá realizar el pago del cálculo actuarial **a satisfacción de la administradora** del régimen de prima media o régimen de ahorro individual a la cual se encuentre afiliado el demandante. Por tal motivo, en aras de una mayor claridad de las órdenes a imponer, la sentencia será modificada.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, una vez atendidos los argumentos de apelación presentados por las partes, el Tribunal modificará la sentencia apelada en la forma anunciada.

Sin costas en la instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, el 8º de agosto de 2019, el cual quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Occidental De Colombia LLC a pagar el valor del cálculo actuarial por concepto de aportes para pensión respecto del tiempo laborado por el demandante entre el 2º de enero de 1989 y el 22 de diciembre de 1992, **a satisfacción de la administradora de fondo de pensiones obligatorias en el que se encuentre afiliado** Juan Antonio Videla Rico, teniendo en cuenta el salario devengado para dicha época.

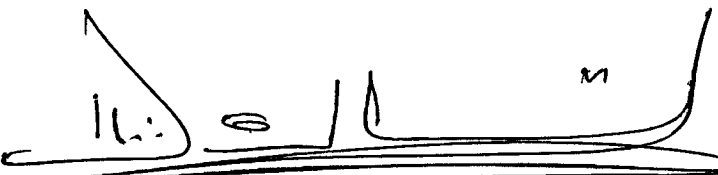
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia.

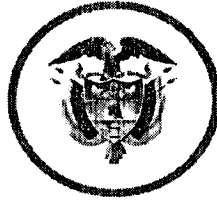
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 110013105 016 2017 00114 02

DEMANDANTE: LADY LISSETTE BENAVIDES SÁNCHEZ

DEMANDADO: VIRREY SOLÍS IPS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad, el 23 de julio de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para se declare en virtud de la primacía de la realidad entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 7° de octubre de 2009 hasta el 23 de julio de 2015. Que percibió como último salario fijo \$515.000 y las compensaciones extraordinarias, los auxilios de vivienda, de alimentación, de vejez, semestral; rodamiento visitas, compensaciones por incapacidad, descanso anual son constitutivos de salario, pues retribuyeron la prestación personal del servicio. En consecuencia, conforme al salario realmente devengado, se condene a pagar las prestaciones sociales, las vacaciones, la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, por no cancelar la totalidad de salarios y prestaciones a la finalización del contrato. Se ordene el pago de los aportes a seguridad social, teniendo como base de cotización el salario realmente devengado, la



indexación de las sumas que se lleguen a reconocer, lo que se pruebe ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que la demandada para contratarla como médico la obligó a vincularse a la Cooperativa Talentum a través de un convenio asociativo, por tanto, el 7º de octubre de 2009 suscribió convenio contractual asociativo para desempeñarse como médico general súper numerario. Que estuvo asociada a la cooperativa hasta el 30 de junio de 2014 y a partir de 1º de julio de 2014, debió someterse a la calidad de asociada de la Cooperativa De Trabajo Asociado Medical Talento Humano, la cual se mantuvo hasta el 23 de junio de 2015, periodo en el cual continuó prestando sus servicios a Virrey Solís IPS.

Prestó sus servicios personales, cumpliendo horario, siempre en las instalaciones de Virrey Solís IPS SA., en diferentes puntos de la ciudad, dependiendo de la agenda médica que la IPS le impusiera; atendió las órdenes impartidas por Amparo Orjuela Guerrero, Daniel Sierra y Ángela Ruiz. Que le fue asignada dirección de correo de carácter institucional. Recibió como compensación ordinaria, el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. Adicionalmente, percibió compensación extraordinaria, auxilios de vivienda, de alimentación, de vejez, semestral, de desvinculación; compensaciones por incapacidad, descanso anual, rodamiento visitas, reconocimientos económicos, compensación anual. Aduce que el 19 de febrero de 2013, la Cooperativa Talentum emite certificación en la que acredita que por los servicios prestados percibe un promedio de \$4.478.700.

Menciona que el 23 de junio de 2015, renunció y en vigencia del contrato de trabajo la demandada Virrey Solís IPS SA no canceló de forma completa las prestaciones sociales, tampoco las vacaciones, ni los aportes a seguridad social. Que a la terminación del vínculo la demandada Virrey Solís no canceló de forma completa la liquidación final y actuó de mala fe al abstenerse de reconocer los salarios y prestaciones causados. (f. ° 96 a 135).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó que los mismos no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa, propuso como excepción previa la de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y las excepciones de mérito de inexistencia del vínculo laboral, ausencia de buena fe de la demandante, la prescripción, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la incongruencia entre las pretensiones y los hechos de la demanda y las demás declarables de oficio (f.º 158 a 189).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de julio de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente desde el 7º de octubre de 2009 al 23 de junio de 2015. Condenó a la demandada a pagar unas sumas de dinero por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías a un fondo y sanción moratoria. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción (f.º 260).

En sustento de su decisión, indicó que en aplicación del principio de la primacía de la realidad lo que existió entre las partes fue un verdadero vínculo de trabajo, pues si bien la demandada suscribió un contrato de comodato con Talentum, este versó únicamente sobre los bienes inmuebles, no obstante, la planta física era de propiedad de Virrey Solís IPS. Estableció que esta empleadora, se ocupó únicamente de suscribir contratos pero toda su actividad misional y administrativa fue tercerizada, pues no tenía ningún trabajador propio o vinculado directamente. Determinó los salarios devengados anualmente con base en los certificados obrantes en el expediente y concluyó que no era procedente condenar a la demandada a pagar aportes a seguridad social en pensiones, pues no se había allegado documento alguno respecto del estado pensional de la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recursos de apelación.

Sostuvo la **parte actora** que debe condenarse a la demandada a pagar los **aportes a seguridad social** en pensiones, pues no demostró que cumplió con dicha obligación. Además, precisó que el juzgado determinó que el salario comprendía también las compensaciones adicionales por lo que al menos de forma subsidiaria debió condenar a la reliquidación de las cotizaciones.

Por su parte, la **demandada** señaló que la decisión no se ajusta a derecho, para lo cual precisó que no comparte las consideraciones del juez, pues estableció la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, con base en los contratos suscritos entre Virrey Solís IPS y la Cooperativa Talentum y con **Medical Talento Humano**, esta última que era una **sociedad comercial** y a la cual la demandante estaba vinculada mediante **contrato de trabajo a término indefinido**. Sostuvo que respecto del periodo relacionado con Medical Talento Humano, esto es, entre los años 2014 y 2015, existe falta absoluta de prueba contundente, como quiera que no puede aplicarse las consideraciones que se tuvieron en relación con la Cooperativa De Trabajo Asociado Talentum.

Además, señaló que respecto de los pagos que se reclaman como constitutivos de salario debe darse aplicación los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo de Trabajo, dado que **la demandante nada demostró al respecto** y Virrey Solís estaba totalmente impedida para demostrar que fue lo que la accionante y Medical pactaron.

Respecto del periodo de vinculación con Cooperativa Talentum, alegó que se incurrió en un error grave de valoración probatoria y de ampliación de la normatividad, pues el Consejo de Estado mediante sentencia de 19 de febrero de 2018, declaró nula la prohibición de contratar actividades misionales. Así las cosas, si bien se activó la presunción del artículo 24, la

cooperativa actúo bajo los principios de autogestión y autogobierno, pues la totalidad de asociados prestaban los servicios de manera autónoma, sin que Virrey Solís pudiera intervenir, ya que esta no tenía personal asistencial, por tanto, toda la prestación del servicio era realizada por los asociados de la cooperativa, así es que, no puede predicarse que por prestar servicios a un tercero se da la intermediación, pues de lo contrario se estaría pasando por alto el artículo 66º del decreto 4588 de 2006 que indica que la condición para contratar con terceros es que el tercero que se beneficie de la obra y entregue la totalidad de un proceso, como sucedió en este caso.

Al punto, señaló que los jefes inmediatos de la demandante eran los asociados de la cooperativa Ángela Ortiz y Amparo Orjuela. Alegó, que el despacho no tuvo en cuenta que la demandante adelantó proceso de selección con la cooperativa y no con Virrey Solís, tal como lo confesó al absolver interrogatorio de parte y como lo manifestaron los testigos, además precisó que quedó plenamente demostrado que los procesos administrativos y disciplinarios eran adelantados por la Cooperativa Talentum, la cual además tenía sus propios manuales.

Señaló que la demandante no demostró con absoluta certeza cuáles eran los rubros que devengaba, y no se tomó en consideración que la demandante confesó que el régimen de compensaciones establecía unos pagos que hacían las veces de las prestaciones sociales establecidas para el régimen laboral y estas estaban en los otro sí, suscritos por la accionante, lo que debió ser tenido en cuenta, también la liquidación del convenio asociativo, en el cual se evidencia que la demandante recibió \$7.000.000, por concepto de reintegro del aporte social y la liquidación final de prestaciones sociales realizada por Talento Humano por aproximadamente \$5.000.000, pruebas que fueron desechadas y no se tuvieron en cuenta como pagos parciales e indicativos de buena fe, precisando aquí que deben ser declaradas las excepciones de compensación y pago propuestas en la contestación de la demanda.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

1. Del recurso de apelación de la parte demandada.

Por razones de método comienza la Sala por analizar el recurso de apelación de la demandada, la que dividió sus argumentos en cuatro puntos a saber: i) el primero, que se abordará es el relacionado con el periodo en el que la demandada prestó sus servicios a través de la Cooperativa Talentum, respecto del cual alegó que se incurrió en un error grave de aplicación normativa, pues actualmente no está prohibido contratar actividades misionales y que de todas formas la cooperativa ejecutó el contrato en atención a los principios de autogestión y autogobierno, sin la intervención de Virrey Solís IPS S.A., en ningún aspecto de carácter administrativo o disciplinario, además que la IPS en cumplimiento del artículo 66 del Decreto 4588 de 2006 entregó la totalidad de un proceso a la cooperativa.

Para responder tal cuestionamiento, comienza la Sala por recordar que el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, define las cooperativas de trabajo asociado como aquellas que vinculan el trabajo personal de sus afiliados para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios. El artículo 59 de la misma norma, señala que el régimen de trabajo será establecido en los estatutos o reglamentos de la cooperativa y no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes.

Igualmente, el Decreto 4588 de 2006, en su artículo 3º señala que las cooperativas y precoperativas de trabajo asociado *“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o*

intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”.

Dicho precepto, también en sus artículos 16 y 17, prohibió la intermediación laboral de las cooperativas de trabajo asociado, al disponer:

“Artículo 16. Desnaturalización del trabajo asociado. El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo”.

“Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes”

En el mismo sentido, de conformidad con el numeral 1º del artículo 7º del Decreto 1233 de 2008, señaló que *“las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado”.*

Paralelamente, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, señaló que el personal requerido en *“toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”.*

De otro lado, anota la Sala que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. En ese sentido, corresponde al trabajador demostrar la prestación del servicio para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, es decir, no es necesario que el trabajador demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016 y SL2480-2018.

Así las cosas, conforme a los preceptos legales enunciados, se advierte que el ordenamiento jurídico no facultó a las cooperativas de trabajo asociado para encubrir relaciones laborales subordinadas, por lo tanto, ha previsto que cuando se contrata a una de ellas para la prestación de un servicio, la ejecución de una obra o la producción de determinados bienes, en el evento que los trabajadores que adelanten la ejecución de las actividades en desarrollo del respectivo contrato se hallen sin duda sujetos a una subordinación típicamente laboral respecto del beneficiario del servicio, de la obra o de la producción de bienes, deberán ser considerados como sus trabajadores para todos los efectos legales, por concurrir allí los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo. Lo anterior, cual es consecuencia de la aplicación del principio de la primacía de la realidad (artículo 53 de la Constitución Nacional) y deberán responder solidariamente por todas las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador.

Sentado lo anterior, se tiene que la parte demandante aportó como pruebas documentales compromiso contractual asociativo suscrito el 7º de octubre de 2009, con Talentum Cooperativa De Trabajo Asociado en el que se obligó a prestar sus servicios personales como médico súper numerario (f.º 17 a 20), el cual fue modificado a través de otro sí, visible a folios 19 a 22. Aportó igualmente, certificación expedida el 29 de septiembre de 2014, por Talentum CTA, en la que se indica que la promotora del juicio estuvo vinculada como trabajadora asociada en la cooperativa desde el 7º de

octubre de 2009 hasta el 30 de junio de 2014, en el desarrollo de labores y oficios en el cargo de médico general, conforme a las necesidades de la cooperativa en la unidad de servicios Virrey Solís IPS (f. º 25); obran certificados emitidos por la CTA en la que se indica el monto de las compensaciones percibidas en diferentes épocas (f. º 26 a 29); documentos en los que consta la asignación de perfil y correo electrónico, entrega del manual de funciones, comprobantes de pagos mensuales y extraordinarios y liquidación final del convenio de asociación (f. º 30 a 32 y 36, 38 a 46 y 47 a 50).

Al absolver interrogatorio de parte, el representante legal Virrey Solís IPS S.A., señor Henry Alberto Jiménez Quevedo manifestó que la demandante se vinculó a través de la CTA Talentum la cual realizaba todos sus procesos de manera independiente. Confesó que toda la infraestructura física y los edificios eran de propiedad de Virrey Solís, pero fueron dados en comodato a la cooperativa a la que se le entregaron además unos procesos asistenciales y administrativos de cara al usuario, con el cumplimiento de unos requerimientos de oportunidad y calidad. Dijo que la planeación y la ejecución de dichos procesos, como la asignación de tareas eran adelantadas por personal exclusivamente perteneciente a la cooperativa. Confesó que el contrato con Talentum CTA estuvo vigente desde el año 2004 y hasta junio de 2014, cuando la cooperativa se extinguió.

A solicitud de la parte actora fueron decretados los testimonios de María Auxiliadora Barrios Chiquillo, Diana Catalina Villa Maute y Hernando Enrique García Acosta; no obstante, no fue posible practicar los dos primeros, como quiera que las declarantes no se hicieron presentes en la fecha y hora señalada por el despacho. Por su parte, el testigo Hernando García manifestó que trabajó como médico general en Virrey Solís entre los años 2008 y 2013, y luego desde el año 2014 hasta el 2015. Aseguró que conoció allí a la demandante cuando esta también se desempeñó como médico general, aseguró que a los dos los enviaban a cualquiera de las 23 sedes, cumplían horario de 6:30 a.m. a 12:30 a.m., pero la actora cumplía horario doble hasta la tarde.

Dijo imaginarse que la vinculación de la demandante se dio como la de todos a través de la Cooperativa Talentum y luego a través de Medical Talento Humano, pero precisó que no estuvo presente. Además, advirtió que tenían coordinador y jefe médico que eran Ángela Ruiz Y Amparo Orjuela, quienes les impartían órdenes, les indicaban en que sedes debían prestar servicios y aprobaban los permisos. También que todo el personal asistencial estaba vinculado a través de cooperativas. Precisó, que recibían el pago de primas semestrales. Manifestó además que la demandante trabajó hasta el año 2015, en la sede Chapinero y, ella y él, renunciaron por la misma época porque no les dieron permiso para adelantar estudios de especialización.

Analizadas en conjunto las pruebas allegadas al expediente, estima la Sala que la parte actora logró demostrar que prestó sus servicios personales a la demandada Virrey Solís IPS, por lo que obra en su favor la presunción que dicha labor estuvo regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole al empleador probar que la relación fue independiente y sin subordinación, es decir, acreditar el hecho contrario al presumido. Situación que no alcanza a materializarse por el solo hecho que la trabajadora hubiese firmado convenio asociativo de trabajo (f.º 17 a 21), o porque se certifique que su vinculación lo fue a través de esa modalidad asociativa desde el 7º de octubre de 2009 hasta el 30 de junio de 2014 (f.º 25).

En adición, la Sala encuentra que las actividades ejecutadas por la demandante lo fueron de manera subordinada, habida cuenta que la trabajadora estaba sometida a un estricto horario de trabajo como se colige del compromiso contractual asociativo suscrito entre la promotora del juicio y Talentum CTA, en el que se estipuló que prestaría los servicios en el horario de lunes a viernes de 01:00 p.m. a 7:00 p.m. y se obligó a *“dedicar al servicio de TALENTUM , en VIRREY SOLIS IPS con carácter exclusivo...”* (f.º 17 y 18). También quedó consignada la jornada de trabajo en certificación expedida por la cooperativa de folio 29, la que se indicó que la misma se extendía de lunes a viernes de 6:30 a.m. a 7:00 p.m. y

sábados cada 15 días de 7:00 a.m. a 3:00 p.m. (f.º 29) en las diferentes instalaciones de la IPS, esta última información que concuerda con lo manifestado por el testigo Hernando García, quien además indicó que la accionante trabajaba todo el día en doble jornada.

Ahora, en la oferta mercantil presentada por Talentum CTA (f.º 193 a 210), quedó consignado que los *“EQUIPOS E INSTALACIONES De acuerdo a lo establecido en la legislación vigente en relación con todos los medios de producción e instalaciones requeridos para la ejecución de las actividades, en caso de ser aceptad la oferta mercantil, serán entregados por la empresa al oferente, relacionados en un acta que hará parta integral de la presente propuesta y se recibirán a título de comodato precario o préstamo de uso, ...”*.

Sin embargo, al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada señor Henry Alberto Jiménez Quevedo al ser cuestionado sobre quién era el dueño de los bienes con los que se prestaban los servicios asistenciales, confesó: *“todo lo que era activos fijos e infraestructura son de VIRREY SOLIS y se le entregaba a TALENTUM en un contrato de comodato, carnets, dotación, dotaciones, capacitación, planeación del servicio todo estaba en cabeza de la cooperativa”*.

Igualmente, se verifica que al suscribir el referido contrato de comodato visible a folios 190 y 191, este versó únicamente sobre bienes muebles y en la cláusula segunda quedó plasmado *“Los bienes muebles objeto de este contrato solo podrán ser utilizados por el comodatario para desarrollar los procesos propios de la actividad que el comodatario realiza **en las instalaciones del comodante**”* (negrilla fuera del texto).

Así las cosas, se evidencia que la cooperativa no se sirvió de sus propios medios operacionales para llevar a cabo la labor, pues utilizó, los bienes inmuebles de la IPS demandada, además las funciones ejercidas por la actora hacen parte de la actividad misional de una institución prestadora de los servicios de salud. En consecuencia, al amparo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el

artículo 53 de la Constitución Nacional, se tiene que en el periodo comprendido entre el 7º de octubre de 2009 y el 30 de junio de 2014, Talentum CTA actuó como simple intermediaria, tal como acertadamente concluyó el *A quo*, por lo que no hay lugar a modificar la decisión de primera instancia respecto de este argumento analizado.

Del vínculo con Medical Talento Humano

Como segundo argumento de apelación, expone la demandada que **Medical Talento Humano**, es una **sociedad comercial**, a la cual la demandante se vinculó mediante **contrato de trabajo a término indefinido**. En consecuencia, no es procedente para el periodo comprendido entre el año 2014 y el año 2015, aplicar las consideraciones referentes a las cooperativas de trabajo asociado.

Frente al punto, sea lo primero señalar que conforme al escrito introductorio, lo que la demandante pretende es la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo entre el 7º de octubre de 2009 y el 30 de junio de 2014, que como se vio fue el periodo en que prestó servicios aparentes a través de Talentum CTA. No obstante, en el acápite correspondiente fueron expuestos hechos relacionados con la prestación del servicio hasta junio de 2015, igualmente allegadas pruebas relacionadas con Medical Talento Humano. En todo caso, el juez declaró la existencia del contrato hasta el 23 de junio de 2015, por lo que la Sala está facultada para analizar la sentencia en este punto.

Pues bien, según se extrae de certificado de folio 24, Medical Talento Humano es una sociedad por acciones simplificada que se identifica con el NIT 900.682.543, es decir, cómo se alega en el recurso no es una cooperativa de trabajo asociado.

Ahora, se encuentra probado que la accionante prestó sus servicios a esta sociedad desde el 1º de julio de 2014 hasta el 23 de junio de 2015, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el

cargo de médico general, de conformidad con el certificado de folio 23 y la liquidación final de folio 37.

Además, el testigo Hernando Enrique García Acosta, afirmó haber prestado servicios Virrey Solís en los años 2014 y 2015 y, de su dicho se colige que en este tiempo también lo hizo la accionante; el deponente además, al ser cuestionado sobre las condiciones en qué se dio el acuerdo de terminación del convenio entre la cooperativa y la demandante, dijo *“bueno, _ y les decían que pues, era la misma cooperativa con otra que estaban y pasaban a Medical Talento, que eran las mismas condiciones, que eran los mismos que simplemente era una figura diferente pero que se seguía en lo mismo porque todos pertenecían a Virrey Solís entonces era lo mismo y no iba a pasar nada”*.

Sobre el particular, al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada, dijo no ser cierto que en el año 2014 se hubiera condicionado la continuidad de la demandante a la vinculación con Medical y precisa que lo que sucedió fue que la Cooperativa Talentum adelantó un proceso de formalización laboral ante el Ministerio de Trabajo y muchos de los asociados de pasaron a Medical; sin embargo, refirió que se trataba de una empresa completamente diferente, con un objeto también diferente, ahora reguladas las relaciones por el Código Sustantivo de Trabajo.

Pues bien, analizadas en conjunto las pruebas, se encuentra demostrado que la demandante estuvo vinculada a través de Medical Talento Humano entre el 1º de julio de 2014 y el 23 de junio de 2015, pero la demandada que no logró probar las circunstancias en que se ejecutó el servicio, pues ningún medio probatorio arrimó al proceso que permitiera dilucidar por qué si el contrato de trabajo fue suscrito con un tercero, los servicios le fueron prestados a la IPS.

En consecuencia, pese a que medió un contrato de trabajo con Medical Talento Humano y como se alega en la apelación, esta no es una cooperativa de trabajo asociado, en aplicación del principio de primacía de

la realidad sobre las formas se concluye que en la práctica existió entre el 1º de julio de 2014 y el 23 de junio de 2015, fue un verdadero contrato de trabajo entre la promotora del juicio y la demandada Virrey Solís IPS.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL467 de 2019 señaló que *“Cuando bajo el pretexto de una externalización de actividades, el empresario evade la contratación directa de un trabajador, con la ayuda de aparentes contratistas que carecen de una estructura empresarial propia y de un aparato productivo especializado, y que su única razón de ser es suministrar trabajadores a la empresa principal, se está frente a una simple intermediación laboral ilegal”*

En ese horizonte, debe declararse la existencia de un contrato de trabajo entre Lady Lissett Benavides Sánchez y Virrey Solís IPS S.A., a partir de 7º de octubre de 2009 hasta el 23 de junio de 2015, pero por las razones aquí expuestas. En consecuencia, el argumento de apelación de la demanda aunque cierto no conduce a modificar de fondo la decisión de primera instancia.

De los factores constitutivos de salario con Medical Talento Humano

Como tercer argumento de apelación expone la demandada en síntesis que la accionante no logró demostrar que los conceptos cancelados fueran constitutivos de salario, por corresponder a retribución directa de sus servicios

Sobre el punto en discusión, se advierte que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte; como primas, sobre sueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras; valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 de la misma obra sustantiva señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

Conforme a los preceptos legales enunciados, se concluye que es salario *«todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte»*, de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se haga uso, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el carácter salarial.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, en la demanda se indica que los conceptos de compensación extraordinaria, el auxilio de vivienda, el auxilio de alimentación, rodamiento visitas, el auxilio vejez, la compensación incapacidad, el auxilio semestral y la compensación descanso anual remuneraron de manera directa el servicio prestado y no fueron tenidos en cuenta para realizar el pago de aportes a seguridad social (pretensión décimo tercera f.º 53). Además, solicita el pago *“en forma completa”* de prestaciones sociales y vacaciones.

Al punto, sea lo primero señalar que pese a que en la sentencia de primera instancia fueron determinados los salarios para cada año, no se indicó los factores tenidos en cuenta para establecerlos, por lo que procede la Sala a verificarlos a fin de atender el recurso de apelación de la demandada.

Pues bien, conforme a la descripción de cada uno de los conceptos pagados a la demandante consignadas en los otros sí (f.º 17 a 22), se tiene que el auxilio semestral corresponde a la prima legal pagadera en los meses de julio y diciembre; el auxilio de desempleo al auxilio de cesantías; el auxilio de vejez equivale a los intereses a las cesantías y la compensación por vacaciones a las vacaciones. Por lo anterior, no pueden ser analizados como factores salariales sino más bien como prestaciones sociales y vacaciones lo cuales deben ser compensados.

Ahora, respecto del periodo en el cual, el servicio se prestó a través de Talentum CTA, esto es, entre el 7º de octubre de 2009 y el 30 de junio de 2014, se extrae del contenido del compromiso contractual asociativo y los otros sí (f.º 17 a 22), que las partes acordaron el pago de unas compensaciones denominadas ordinaria, extraordinaria y auxilio de alimentos, especificando que estas se tendrían como base para liquidar los auxilios semestrales, de desempleo y de vejez, es decir las prestaciones sociales.

Además, quedó consignado en estos documentos, en la cláusula quinta que, el trabajador asociado devengaría mensualmente una suma determinada en cada documento por concepto de "*auxilio de vivienda*" valor que las partes acordaron "*de forma libre, expresa y voluntaria*" no sería base de liquidación de los auxilios y compensaciones.

Así las cosas, correspondería a la Sala determinar si el denominado "*auxilio de vivienda*" único pago que estaría en discusión, tiene carácter salarial por haber remunerado la prestación del servicio. No obstante, al revisar los escritos de demanda y de subsanación se evidencia que la parte accionante no solicita incluir este como factor salarial y sobre el mismo no se pronunció el *A quo*, razón por la cual la Sala que carece de facultades ultra y extra petita no puede adentrarse en su estudio.

Con todo, conviene señalar que, pese a que en la demanda se indica que el auxilio de vivienda es constitutivo de salario, ningún esfuerzo

probatorio adelantó la accionante para demostrar que ello se acompañaba con la realidad del contrato y tal situación no puede presumirse *“porque, en tratándose de un pago al que la ley no le otorgue directamente la índole de salario, habrá que determinar si esa naturaleza se presenta por reunirse los elementos de que trata el artículo 127 de ese código y que identifican el salario”* (Radicación No. 32657 del 27 de mayo de 2009).

Así las cosas, como quiera que la demandante faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, resulta forzoso modificar la sentencia de primera instancia, pues no se probó que el denominado auxilio de vivienda tuviera carácter salarial, en consecuencia, no hay lugar a reliquidar las prestaciones sociales canceladas entre el 7º de octubre de 2009 y el 30 de junio de 2014, por tanto, la sentencia debe ser revocada.

De otra parte, en el periodo prestado a través de Medical Talento Humano entre el 1º de julio de 2014 y el 23 de junio de 2015, en el certificado de folio 24, expedido el 29 de septiembre de 2014 se indica que la demandante percibe como remuneración mensual la suma de \$2.080.000 como salario básico y \$520.000 a título de auxilio no constitutivo de salario. En la liquidación final del contrato visible a folio 37 se relaciona el auxilio de vivienda como no prestacional.

No obstante, la accionante con respecto a esta parte del vínculo tampoco probó que adicional al salario básico recibiera sumas que retribuyeran directamente la prestación del servicio. En este entendido, esta parte del vínculo no hay lugar a imponer condena alguna, por lo que la sentencia será revocada en cuanto ordenó la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones.

De los pagos efectuados por Talentum Cta y Medical Th

Alega la demandada que el régimen de compensaciones establecía unos pagos que hacían las veces de prestaciones sociales, que la demandante confesó haber recibido. Indicó que no es cierto que las

mismas se hayan cancelado sobre el salario mínimo, pues en los documentos se especificó cuáles eran ordinarias, extraordinarias y que pagos se hacían mensual, semestral y anualmente. Arguyó aquí que se debió tener en cuenta la liquidación del convenio asociativo, en virtud de la cual la demandante recibió \$7.000.000, entre otros por concepto de reintegro del aporte social, también la liquidación final del contrato, de más de \$5.000.000 por concepto de prestaciones, pues estos pagos parciales no pueden ser desconocidos ya que existen las pruebas aportadas por la misma demandante. En consecuencia, solicita tener en cuenta las excepciones de compensación y pago propuestas al contestar la demanda.

Pues bien, al absolver interrogatorio de parte la demandante confesó que recibió unos pagos por prima semestral, prima anual y aportes a seguridad social, precisando que el pago no fue completo, como quiera que en ocasiones se quedó sin citas médicas al referirse al pago de aportes a seguridad social.

De otra parte, de conformidad con la liquidación de convenio de asociación (f.º 36), a la demandada le fueron reconocidos \$9.042.250, por concepto de auxilio de desvinculación, auxilio de vejez, auxilio semestral, compensación de descanso anual, reintegro aporte social, retención en la fuente y retención en la fuente de otros ingresos tributarios. También conforme se extrae de la liquidación definitiva de prestaciones sociales que Medical Talento Humano canceló a la promotora del juicio \$5.120.339.

En este horizonte, estima la Sala que no es posible desconocer los pagos realizados por las intermediarias, porque la prueba de los mismos fue aportada por la parte accionante y la promotora del juicio confesó haberlos recibido. Si bien es cierto, las intermediarias no se encuentran vinculadas al proceso, ello no es óbice para desconocer que éstas cancelaron acreencias a la accionante, por ello, es procedente tenerlas en cuenta, pues obedecieron a la prestación personal del servicio de la demandante y una doble remuneración en cabeza de esta podría llegar a constituirse en un enriquecimiento sin causa.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la demandante confesó haber recibido el pago de prima anual, semestral y aportes a seguridad social y que no logró demostrar el carácter salarial del auxilio de vivienda, como se indicó no habría lugar a imponer condena alguna por reliquidación y en consecuencia debe absolverse a la demandada además de cancelar sanción moratoria, pues no existen sumas insolutas por cancelar.

2. Del recurso de apelación de la parte demandante.

Del pago de aportes a seguridad social

Argumenta la parte actora que debe condenarse a la demandada a pagar los aportes a seguridad social en pensiones, pues no demostró haberlos cancelado, además precisó que el juzgado determinó que el salario comprendía también las compensaciones adicionales por lo que al menos de forma subsidiaria debió condenar a la reliquidación de las cotizaciones.

Sea lo primero señalar que la demandada no aportó prueba alguna, mediante la cual puedan determinarse los pagos efectuados en pensiones, en todo caso la accionante confesó al absolver interrogatorio de parte que la demandada realizó los mismos, aunque precisó que de manera incompleta y que por ello en algunas oportunidades no pudo acceder a los servicios.

Así las cosas, la demandada deberá concurrir con el pago de los periodos que no haya cotizado a lo largo de la relación laboral, o con las diferencias que se generen teniendo en cuenta que la base de cotización debe corresponder a la sumatoria de la compensación ordinaria, compensación extraordinaria y el auxilio de alimentos factores estos constitutivos de su salario.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia en este punto y condenará a la demandada a pagar al fondo de pensiones obligatorias al cual se encuentre afiliada la accionante las cotizaciones en mora o diferencias en aportes correspondientes al periodo comprendido entre el 7º de octubre de 2009 y el 30 de junio de 2014.

Conviene señalar que las cotizaciones a pensión obligatoria por ser determinantes para la construcción del derecho pensional futuro no se ven afectadas por el fenómeno extintivo de la prescripción.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas la Sala modificará la decisión apelada en la forma anunciada.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito, el 23 de julio de 2019, para en su lugar, absolver a la demandada de reconocer y pagar prestaciones sociales, vacaciones en indemnizaciones, conforme quedó explicado precedentemente.

SEGUNDO: REVOCAR el punto tercero del fallo apelado, para en su lugar, declarar no probada la excepción de prescripción respecto de cotizaciones a seguridad social en pensiones.

TERCERO: REVOCAR el punto cuarto del fallo apelado, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada a pagar al fondo de pensiones obligatorias los aportes en mora o las diferencias resultantes correspondientes a pensión del periodo comprendido entre el 7º de octubre de 2009 y el 30 de junio de 2014, teniendo como base de liquidación, la compensación ordinaria, compensación extraordinaria y el auxilio de alimentos.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



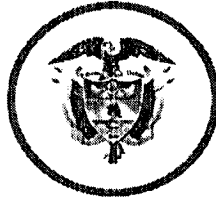
DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO: 1100131050 17 2018 00015 01

DEMANDANTE: JEANNETTE DEL PILAR HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

DEMANDADO: MEDICAL TALENTO HUMANO S.A.S.

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

Mediante escrito de folios 432 y 433, el apoderado de la parte accionante allega extracto bancario de la cuenta de nómina de Jeannette Del Pilar Hernández, con el que pretende demostrar que la demandada no le consignó suma alguna por concepto de salarios y prestaciones correspondientes al 29 de septiembre de 2017; igualmente, aporta extractos de los fondos de cesantías y pensiones obligatorias administrados por la AFP Porvenir S.A., con lo que pretende demostrar el incumplimiento de la accionada. Sin embargo, como quiera que dichos documentos no fueron solicitados ni decretados en primera instancia, la Sala en aplicación de lo dispuesto en el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, no los tendrá como medios de prueba en esta instancia.

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, el 17 de julio de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que el contrato existente entre las partes fue terminado el 27 de septiembre de 2017, por causas imputables a la empleadora. En consecuencia, se condene a la demandada a pagarle los salarios, las prestaciones sociales, las vacaciones, los aportes a seguridad social correspondientes al día 29 de septiembre de 2017, la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales, la indexación de las sumas reconocidas, la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo; la indemnización por despido indirecto, los intereses bancarios, perjuicios morales causados por el despido injusto, las demás condenas a imponer y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 6 de mayo de 2016, se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual se extendió hasta el 29 de septiembre de 2017, cuando la demandada con base en una investigación disciplinaria, sin justa causa, dio por terminada la relación laboral. Que se desempeñó como enfermera jefe en la sala de urgencias del Centro Policlínico del Olaya, donde tenía que clasificar a los pacientes según el cuadro clínico que presentaran al momento de la valoración en urgencias, rigiéndose por las guías que el centro médico maneja.

Aduce que el 12 de septiembre de 2017, la demandada le abrió investigación disciplinaria imputándole: **1.** agresiones a una paciente, lo que va en contra de los principios de la ética profesional y **2.** Retardo en la hora de llegada sin permiso o autorización del jefe inmediato. Señala que, una vez finalizada la indagación, la demandada tomó la decisión de finalizar el contrato sin especificar cuál fue la causa justa que invocó. Afirma que dentro del término, formuló recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión, al considerar que había presentado las pruebas para desvirtuar los cargos imputados, como videos de cámara de seguridad con las que se demostraba que nunca agredió a la paciente y fue más bien ésta, quien le mechoneó el cabello y la abofeteó, situación que no pudo denunciar, pues no podía abandonar su cargo y no había quien la reemplazara en ese momento. En todo caso, el incidente fue reportado como accidente de trabajo. Respecto de la llegada tarde, quedó constancia

que ello no sucedió, conforme al biométrico que registra la entrada a la 01:07 p. m. y la salida a las 19:00 p.m., también con el record de valoraciones.

Manifiesta que la demandada no ha cancelado la indemnización por despido injusto y tampoco le informó el pago de los aportes a seguridad social, dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato. Finalmente, que el despido le ocasionó daños y perjuicios morales, por ser joven soltera que vive sola en su apartamento el cual paga mediante cuotas mensuales, lo cual, genera un daño en su amor propio e intimidad personal, dado que nunca había sido despedida de sus anteriores empleos (f. º 25 a 39 y 45 a 50 subsanación)

Por auto del 10 de octubre de 2018, se tuvo por no contestada la demanda (f.º 209 y 210).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de julio de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 6º de mayo de 2016 y el 29 de septiembre de 2017, el cual terminó por decisión unilateral e injusta de la empleadora. En consecuencia, condenó a la demandada a pagar la suma de \$2.503.497 a título de indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexado al momento de efectuarse el pago, más las costas del proceso (f. º 427 y 428).

En sustento de su decisión, indicó que la accionada no contestó la demanda, su representante legal no se hizo presente a la audiencia de conciliación y tampoco a absolver interrogatorio de parte, por lo operó la confesión ficta. Estimó que la demandada no logró demostrar las causas que invocó para poner fin al vínculo laboral y determinó que la demandada demostró haber cancelado el salario y las prestaciones laborales correspondientes a 29 de septiembre de 2017.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La demandante argumentó que la encartada debe ser condenada a pagar sanción moratoria al no pagar el día 29 de septiembre de 2017, el salario, las prestaciones sociales, pues a su cuenta nada fue consignado. Arguyó, respecto de los perjuicios morales subjetivados que estos no deben ser demostrados, como quiera que en la forma en que le fue terminado el contrato de trabajo le produjo un dolor intenso, además se demoró en obtener un nuevo trabajo y su sufrimiento de quedar cesante le causó un daño interno.

A su turno, **la demandada** alegó que la sentencia debe ser revocada porque la confesión ficta puede ser desvirtuada con el acervo probatorio, tal como sucede en el proceso en el que el juez incorporó de oficio los documentos allegados con la contestación de la demanda y con los que se demuestra todo el proceso disciplinario que se adelantó en contra de la demandante. Al revisar el acta de descargos, se evidencia que si faltó a sus obligaciones contractuales, reglamentarias y legales, pues es notoria la falta de respeto, maltrato y agresión física que tuvo la demandante con la paciente Diana Marcela, dado que la misma demandante acepta y confiesa que hubo una agresión física mutua. En ese sentido, la promotora del juicio desconoció sus deberes y las obligaciones previstas en el contrato, el reglamento interno de trabajo y las previsiones de la Ley 911 de 2004.

Sostuvo que no pueden perderse de vista los antecedentes disciplinarios de la demandante quien ya había sido suspendida por 4 días al omitir el procedimiento de inyectar a un paciente. Hizo hincapié en sentencia de la Corte Suprema de Justicia (SL1284 de 2019, radicación n.º 63048) para señalar la facultad que tiene el empleador de terminar el contrato con justa causa. De otra parte, alegó que debe ser revocada o modificada la condena en costas en un 70%, pues conforme al acuerdo pertinente estas no pueden exceder el 20% de las condenas.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

1. Del recurso de apelación de la parte demandada

Se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo vigente entre el 6º de mayo de 2016 y el 29 de septiembre de 2017, momento en el cual la demandada decidió dar por terminado el contrato de forma unilateral. En todo caso, tales circunstancias se prueban con el contenido del contrato de trabajo de folios 141 a 145 y la carta de finalización del vínculo de folios 5 a 7.

De la aceptación de la causal por parte de la demandante

Corresponde a la Sala, conforme al recurso de apelación determinar si la demandada debe ser absuelta de pagar la indemnización por despido injusto, por haberse desvirtuado la confesión ficta, con el contenido del acta de descargos, en la que supuestamente la demandante aceptó las mutuas agresiones con la paciente Diana Marcela. Igualmente, debe analizarse si es procedente tener en cuenta los antecedentes disciplinarios de la actora en la que ya había sido suspendida por 4 días por omisiones en sus funciones.

Pues bien, en reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene adoctrinado que le corresponde al trabajador probar el hecho del despido y al empleador la justa causa, para exonerarse de indemnizar los perjuicios (SL284-2018). Al respecto, encuentra la Sala que la demandada mediante comunicación de 29 de septiembre de 2017 (f.º 18), informó a la demandante su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, al indicarle:

“La compañía tuvo conocimiento que el día 03 de agosto del año en curso, Usted agredió a la paciente Diana Marcela Caicedo con historia clínica 10337070185, a la cual le manotea y le hace caer el celular, lo cual va en contra de los principios de la ética profesional.

Así mismo, se tuvo conocimiento que el día 26 de agosto del año en curso, se presenta a laborar a las 2:30 p.m. aun cuando su turno empezaba a la 1:00 p.m., sin tener permiso o autorización de su jefe inmediato”

Para dilucidar lo pertinente, conviene precisar que en aplicación del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo, la Sala se referirá únicamente a la primera causal, pues sobre la misma versa el recurso de apelación y respecto de la cual la actora no desconoce la configuración de la confesión ficta, sino que alega que la misma se desvirtúa con el contenido del acta de descargos.

Al punto, revisada la diligencia de descargos de 12 de septiembre de 2017 (f. º 2 a 4), advierte la Sala que en ninguna de sus respuestas la promotora del juicio reconoce haber agredido a la paciente Diana Marcela Caicedo Guerrero, es más, emite respuestas como que:

“...en ese momento le digo al vigilante que abra la puerta, la paciente me acerca el celular a la cara y ella me dice que con esto es que se va a acordar de mí. Fue cuando yo le corrí el celular con la mano derecha y con la otra abrí la puerta para que ella ingresara con el familiar, ahí es cuando me coge y me pega. En el momento interfiere el vigilante a quitarme la paciente de encima, en ningún momento toque la paciente y le digo porque en ningún momento falté a los principios y valores éticos del acto del cuidado de enfermería de la ley 911 de 2004”

....

“en ningún momento la agredí”

...

“sí, soy consiente más nunca agredía a la paciente”

...

“yo nunca le boté el celular a la paciente, simplemente le corrí el celular”

...

“soy consciente que en ningún momento agrado a la paciente y soy consciente de mi actuación como enfermera y del cuidado del paciente a pesar de que la paciente me agreda. En ningún momento le agrado a ella y a pesar de que la paciente se le atención sigue amenazándome y tomándome fotos”

...

“No, porque en ningún momento la dejé de atender, ni le falté al respeto ni verbal, ni físicamente”

Conforme a tal documento, contrario a lo que se indica en el recurso de apelación, la demandante nunca aceptó en aquella diligencia la agresión a la paciente. Así las cosas, si bien la confesión ficta puede ser infirmada con la valoración de otros medios de prueba, *“y, en esa medida, la prueba de confesión ficta no impide, de manera definitiva, llegar a otras conclusiones probatorias”* (CSJ SL, 6 mar. 2007, rad. 28398), lo cierto es que en el presente asunto, esos medios probatorios no fueron allegados y el que se alega en el recurso no cumple la finalidad señalada por la apelante.

En consecuencia, resulta evidente que la demandada incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demostró los supuestos en que fundó su defensa, al menos en el recurso. Además, recuérdese que la demanda se tuvo por no contestada y el representante legal no se hizo presente en la hora y fecha señalados para surtir la audiencia obligatoria de conciliación.

En este orden de ideas, el argumento de la demandada no conduce a la Sala a modificar la decisión analizada.

De la aplicación de la sentencia SL1284- 2019

Como argumento de apelación también refiere la demandada que conforme a la sentencia SL1284 de 2019, el empleador está facultado para dar por terminado el contrato por justa causa.

Sobre el particular, recuerda esta Corporación que la facultad para finalizar el vínculo laboral está dada por el Código Sustantivo de Trabajo. De otra parte, en la sentencia indicada allí se encontró adecuadamente enmarcada la conducta endilgada a la allá demandante, dentro de lo

dispuesto por el numeral 6º del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 7º del Decreto 2351 de 1965, esto es, «[...] cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos», lo cual debía ser armonizado con el artículo 67 del «reglamento interno de trabajo».

No obstante, en el presente asunto como ya se indicó, la demandada no cumplió con la carga probatoria que le correspondía y en todo caso, en la apelación de la sentencia se limitó a señalar que la confesión ficta se infirmaba con una aceptación de la entonces trabajadora en la diligencia de descargos, que como se vio no se configuró. En tales circunstancias, tampoco este argumento conduce a la Sala a modificar la decisión de primera instancia.

De la cuantificación de las costas procesales

Finalmente, aduce la demandada que las costas procesales no pueden imponerse en más del 20% de las condenas.

Al punto, de conformidad con los numerales 4 a 6 del artículo 366 del Código General del Proceso, la **liquidación de costas** una vez elaborada por el secretario quedará a disposición de las partes por tres días, dentro de los cuales podrán objetarla. Así las cosas, resulta evidente que no es esta la oportunidad procesal para objetar la fijación de agencias en derecho que hiciera el *A quo*, por lo que la Sala se releva de dicho estudio.

2. Del recurso de apelación de la parte demandante

Controvierte en primer término la actora que debe imponerse condena por concepto de sanción moratoria, dado que no se canceló

respecto del día 29 de septiembre de 2017, el salario y las prestaciones sociales, ya que a su cuenta nada fue consignado.

En relación con este tópico, anota la Sala que la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, no opera de forma automática ni inexorable, como quiera que debe verificarse si el actuar del empleador se enmarca en los postulados de mala o buena fe. En ese sentido, si el empresario pretende ser exonerado de la indemnización moratoria, debe acreditar que actuó con suma diligencia y cuidado para obtener que su trabajador recibiera el pago completo de sus salarios y prestaciones sociales.

En el asunto bajo examen, la demandada inicialmente efectuó una liquidación final en la que tomó como fecha de terminación del contrato el 28 de septiembre de 2017, por valor de \$6.932.942 (f.º 160). Después realizó la liquidación correspondiente al día faltante y fecha en que terminó el contrato 29 de septiembre de 2017, en la suma de 133.375 (f.º 161), documentos que presentan nota a mano del pago de 12 de octubre de 2017. Además, el 2 de noviembre de 2017, según consta a folio 164, Medical Talento Humano entregó a la promotora del juicio, entre otras, copia del detalle de la liquidación.

Ahora, aunque la demandante alega que debe imponerse condena por sanción moratoria, pues la liquidación correspondiente a un día de salario no le fue cancelada, lo que advierte la Sala es que la suma total de \$7.066.317 (f.º 162), a la que ascendía su liquidación fue cancelada el 12 de octubre de 2017, según documentos que fueron entregados a la accionante. Así las cosas, no hay lugar a imponer la condena solicitada.

Del daño moral subjetivo

De otra parte, alega que los perjuicios morales subjetivos no deben ser demostrados y agrega que la forma en que le fue terminado el contrato de trabajo le produjo un dolor intenso, además se demoró en

obtener un nuevo trabajo y su dolor de quedar cesante le causó un daño interno.

Sobre la procedencia de la condena por perjuicios morales, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL4570-2019, se pronunció en los siguientes términos:

“Si bien el daño moral se ubica en lo más íntimo del ser humano y por lo mismo resulta inestimable en términos económicos, no obstante, a manera de relativa satisfacción, es factible establecer su cuantía. Para ello, es pertinente referir lo expuesto por esta Corte en sentencia CSJ SL 32720, 15 oct. 2008, que se reiteró en el fallo CSJ SL4665-2018, en cuanto a que la tasación del pretium doloris o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, en esa misma decisión, «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». (CSJ SL-4570-2019)”

Al amparo de las anteriores reflexiones, la parte actora no logra demostrar cuáles fueron las consecuencias psicológicas y los trastornos emocionales que sufrió con ocasión del despido injustificado, máxime cuando lo que alega es que se demoró en conseguir un nuevo empleo, circunstancia que por sí sola no genera la procedencia de los perjuicios reclamados. En este horizonte, no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas y atendidos los argumentos de apelación expuestos por las partes, la Sala confirmará la sentencia apelada.

No se causan costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, el 17 de julio de 2019.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada