

Expediente Nro. 018 2013 00835 02

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MUNICIPIO DE TOCANCIPÁ
(CUNDINAMARCA) CONTRA ROSA EMILIA OYOLA CRIOLLO, FAMISANAR
EPS LTDA. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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

AUTO

Se reconoce personería a la abogada Angélica María Vélez Álvarez, quien se identifica con cédula de ciudadanía número 35.419.580 y tarjeta profesional No. 106.060 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial del municipio de Tocancipá (Cundinamarca), en la forma y para los efectos del poder aportado.

Se reconoce personería a la abogada Lina Carolina Romero Cárdenas, quien se identifica con cédula de ciudadanía número 1.018.453,282 y tarjeta profesional No. 278.248 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de la llamada en garantía BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

Cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

CONTINUACIÓN DE LA AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MUNICIPIO DE TOCANCIPÁ (CUNDINAMARCA) CONTRA ROSA EMILIA OYOLA CRIOLLO, FAMISANAR EPS LTDA Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de julio de dos mil veinte (2020), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 5 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

El municipio de Tocancipá (Cundinamarca), por medio de apoderado judicial, demandó a Rosa Emilia Oyola Criollo, a Famisanar EPS Ltda. y a la AFP

Porvenir S.A. para que se declare que existió un pago de lo no debido a favor de la señora Oyola Criollo correspondiente a \$33.252.782.00 por concepto de incapacidades por enfermedad común posteriores a los 180 días, más los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud y pensión. En consecuencia, se condene a la restitución de dichos dineros, debidamente indexados; junto con los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos relacionados de folios 2 a 14 del expediente, en los que en síntesis indica que: Rosa Emilia Oyola Criollo se encuentra vinculada a la planta de personal del municipio de Tocancipá (Cundinamarca) desde el 2 de octubre de 1995; la EPS Famisanar otorgó a la referida señora incapacidades por enfermedad común a partir del 27 de mayo de 2008, y desde entonces continúa con esa novedad; el municipio demandante canceló a Rosa Emilia Oyola el auxilio por incapacidad y el subsidio por incapacidad desde el 12 de julio de 2009 hasta el 30 de diciembre de 2012, fecha en que suspendió los pagos; mediante dictamen emitido el 22 de junio de 2009 por BBVA Seguros de Vida se determinó que Oyola Criollo presenta una pérdida de capacidad laboral del 50,13%, de origen profesional, con fecha de estructuración 30 de abril de 2009; a través de dictamen proferido el 19 de noviembre de 2009 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá se confirmó el origen profesional de las patologías padecidas por Oyola Criollo; decisión revocada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez por medio de dictamen del 23 de junio de 2010, en el que indicó que las enfermedades de la referida señora son de origen común; el 13 de agosto de 2010 la parte actora solicitó a la AFP accionada el reembolso de los dineros pagados a Rosa Emilia Oyola, obteniendo respuesta negativa el 29 de septiembre siguiente; por vía judicial Oyola Criollo obtuvo el reconocimiento de su pensión de invalidez a partir del 30 de abril de 2009, con cargo a la AFP accionada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Porvenir S.A. en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas (fls. 72 a 87); en cuanto a los hechos aceptó la vinculación de Rosa

Emilia Oyola con el municipio de Tocancipá (Cundinamarca), la reclamación presentada por éste y la respuesta negativa obtenida, así como el reconocimiento por vía judicial de la pensión de invalidez a favor de Oyola Criollo; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de obligación a cargo de la AFP de reconocer y pagar las incapacidades pretendidas en la demanda, ausencia de derecho sustantivo – responsabilidad de terceros, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y compensación.

La AFP accionada llamó en garantía a BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. quien contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda y del llamamiento en garantía (fls. 770 a 803); propuso las excepciones que denominó inexistencia de obligación a cargo de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas, el auxilio económico y los aportes a la seguridad social en salud reclamadas por el municipio de Tocancipá; no se encuentran acreditados los presupuestos fácticos para la aplicación del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001; las incapacidades reclamadas por la actora son improcedentes de forma concurrente con la pensión de invalidez igualmente reclamada por la misma; el auxilio económico del 50% del salario devengado por la señora Rosa Emilia Oyola Criollo no es una prestación a cargo del Sistema General de Seguridad Social, siendo un pago facultativo del empleador, municipio de Tocancipá; inexistencia de legitimación en la causa por pasiva de BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.; prescripción; y el riesgo acaecido no cumplió las condiciones del riesgo asegurado, razón por la cual no surgió obligación indemnizatoria alguna a cargo de la aseguradora.

Por su parte, Famisanar EPS en el término legal descorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 130 a 133); en cuanto a los hechos aceptó las incapacidades expedidas, y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral asignado a Rosa Emilia Oyola; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocimiento de pago de incapacidades, buena fe, y la genérica.

A su turno, Rosa Emilia Oyola Criollo en forma legal y oportuna contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 142 a 158). Aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de obligación a su cargo de pagar las incapacidades y auxilio monetario, cobro de lo no debido, nadie puede obtener provecho de su propia culpa, y prescripción.

Por auto del 25 de agosto de 2015 se resolvió vincular como litis consorte necesario a Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A. (C.D. fl. 850); quien contestó oponiéndose a todas las pretensiones formuladas (fls. 885 a 902). Como medios de defensa propuso las excepciones denominadas existencia de enfermedad común calificada, improcedencia de exigencias asistenciales y económicas a cargo de ARL Sura, falta de legitimación por pasiva - ARL Sura, cosa juzgada, buena fe, prescripción enriquecimiento sin causa, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 1047) en la que condenó a Porvenir S.A. a pagar al municipio demandante la suma de \$14.530.196.00, debidamente indexada, correspondiente al valor cancelado por concepto de "valor incapacidad general prórroga 66.67% (2/3 partes)" en el periodo comprendido entre el 12 de julio de 2009 y el 18 de abril de 2011, a favor de la señora Rosa Emilia Oyola Criollo. Autorizó a Porvenir S.A. el descuento de \$14.530.196.00 del retroactivo pensional reconocido a Rosa Emilia Oyola Criollo, dejando claro que lo correspondiente a la indexación deberá ser cancelado con recursos propios de la AFP. Absolvió a Porvenir S.A. de las demás pretensiones formuladas en su contra. Absolvió a los restantes accionados de todas las pretensiones propuestas por la parte actora. Condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación, así: el extremo demandante manifiesta que asumió el pago de un auxilio económico a favor de Oyola Criollo desde el 19 de abril de 2011 hasta el

30 de diciembre de 2012, en cuantía equivalente al 50% del salario devengado, así como los aportes a seguridad social en salud y pensión por ese periodo; cuyos pagos están probados en el proceso; por lo que solicita que se reembolsen dichos dineros.

A su turno, la AFP accionada manifestó que no tiene por qué asumir de su propio patrimonio lo correspondiente a la indexación de las sumas debidas, toda vez que la mora judicial y la congestión de la administración de justicia son aspectos que no se le pueden imputar. Añadió que si bien Oyola Criollo adelantó un proceso judicial para obtener el reconocimiento de su pensión de invalidez, no estaba en manos de la AFP proferir los fallos en un tiempo determinado; siendo Rosa Emilia Oyola Criollo quien debe asumir tal aspecto porque fue quien se benefició del pago de incapacidades por parte del municipio demandante desde el 2009 hasta el 2011.

Por último, la demandada Rosa Emilia Oyola Criollo argumentó que a pesar que la pensión de invalidez es incompatible con las incapacidades, en este caso concreto el pago que realizó el municipio de Tocancipá (el cual no le correspondían) se originó en la mala fe y en la negligencia con que actuó la AFP accionada, quien de manera reiterada se negó a pagar esa prestación económica. Por lo que el pago de esas incapacidades debe asumirlo Porvenir S.A. de sus propios recursos.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar las inconformidades plateadas por las partes al sustentar sus recursos de apelación.

VÍNCULO LABORAL - INCAPACIDADES - PENSIÓN DE INVALIDEZ

Se encuentra acreditado en el proceso que Rosa Emilia Oyola Criollo hace parte de la planta de personal del municipio de Tocancipá (Cundinamarca) desde el 2 de octubre de 1995, siendo el último cargo desempeñado el de auxiliar de servicios generales; hecho que fue establecido desde el mismo escrito

de demanda y que se corrobora con las documentales visibles en el cuaderno de anexos. Supuestos fácticos que fueron aceptados por Oyola Criollo en su contestación, y que no son objeto de reproche en la alzada.

También está demostrado que la EPS Famisanar concedió a Oyola Criollo incapacidades desde el 13 de enero de 2009 hasta el 18 de abril de 2011, de las cuales asumió el pago de los primeros 180 días (fl. 138).

Asimismo, se encuentra probado que mediante dictamen proferido el 12 de junio de 2009 por BBVA Seguros de Vida Colombia se calificó a Rosa Emilia Oyola Criollo con una pérdida de capacidad laboral del 50.13% y fecha de estructuración 30 de abril de 2009 (fls. 218 del cuaderno de anexos), y por medio del dictamen emitido el 23 de junio de 2010 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se determinó el origen común de las patologías padecidas (fls. 253 a 255).

De igual manera, está acreditado que mediante sentencia del 18 de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso ordinario laboral 2012-00121 adelantado por Rosa Emilia Oyola Criollo contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., se condenó a la AFP accionada a pagar a la referida señora la pensión de invalidez a partir del 30 de abril de 2009, en cuantía de \$496.900.00; junto con los reajustes legales, mesadas adicionales e intereses moratorios (fls. 925 a 927). Decisión confirmada por este Tribunal mediante proveído del 30 de julio de 2013 (fls. 928 a 930); y que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió no casar en sentencia del 10 de abril de 2019 (fls. 994 a 1016).

INCOMPATIBILIDAD ENTRE EL PAGO DE MESADAS PENSIONALES Y SUBSIDIOS POR INCAPACIDAD TEMPORAL

A fin de resolver el problema jurídico planteado, se lo primero señalar que el artículo 3 del Decreto 917 de 1999 establece la incompatibilidad entre el pago de mesadas pensionales y subsidios por incapacidad temporal, en los siguientes términos:

Artículo 3º. Fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.

Sobre el entendimiento que debe darse a la norma en cita, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que tal disposición debe armonizarse con lo preceptuado en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que la pensión de invalidez por riesgo común debe otorgarse, de manera retroactiva, a partir de la fecha en que se produce el estado de invalidez, es decir, desde cuando la pérdida de la capacidad laboral alcanza un porcentaje igual o superior al 50% (artículo 39 de la Ley 100 de 1993). Así, en la sentencia SL1562-2019, con radicado N° 73026 del 30 de abril de 2019, concluyó lo siguiente:

“De modo que, como bien lo dedujo el Tribunal, de cara a la incompatibilidad establecida en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, cuando, como en el presente asunto, el retroactivo pensional cubija periodos que también han sido cubiertos por subsidios por incapacidades temporales, la prohibición de que trata el citado decreto, a lo sumo, conduciría a la imposibilidad de que se disfruten o perciban, a la vez, la mesada pensional y el subsidio por la incapacidad, pero no a la imposibilidad del reconocimiento del derecho pensional.

En ese sentido, como ya se indicó, no se observa que el fallador de segunda instancia hubiese errado en el entendimiento y concordancia que les brindó a los preceptos acusados, pues, por un lado, determinó que la pensión de invalidez reclamada por el demandante debía ser reconocida desde el 7 de diciembre de 1995, momento en que la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó que se había estructurado su estado de invalidez, dando, con ello, aplicación a lo previsto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993; y, por otro, ordenó que del retroactivo pensional se descontaran las sumas concedidas por concepto de subsidios por incapacidad entre el 6 y el 15 de mayo de año 2009, y entre el 21 de mayo de 2010 y 8 de junio de 2011, a fin de que por lo mismos periodos, no se percibieran simultáneamente dos beneficios, con lo que se sujetó a lo establecido en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999.”

En similar sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T-140 de 2016, al indicar que:

“Ante este panorama normativo, se tiene que la pensión de invalidez sería incompatible con el pago de incapacidades por enfermedad temporal, habiendo lugar a solo una de estas prestaciones por la afectación del estado de salud del actor, lo que significa que no habría lugar al pago de incapacidades en los periodos que llegaren a ser cubiertos por la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común ya que de lo contrario se estaría obligando a la parte accionada a hacer dos pagos por un mismo hecho, esto es, la pérdida de la capacidad laboral del afiliado.”

Entonces, atendiendo que en el sub examine la pensión de invalidez otorgada a Rosa Emilia Oyola Criollo fue concedida a partir de la fecha de estructuración de su estado de invalidez (30 de abril de 2009), de conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993; forzoso resulta concluir que acertó el fallador de primer grado al autorizar a la AFP accionada descontar del retroactivo pensional generado en favor de Oyola Criollo los pagos por incapacidades expedidas entre el 12 de julio de 2009 y el 18 de abril de 2011, “puesto que una y otra prestación (incapacidad y pensión) son incompatibles toda vez que ambas reconocen la imposibilidad de la persona de prestar sus servicios, la primera temporalmente y la segunda de forma definitiva, pero ambas derivadas de una misma contingencia que es la afectación en la salud del individuo” (Corte Constitucional, sentencia T-140 de 2016). Sin que sea de recibo para la Sala el argumento expuesto por Rosa Emilia Oyola Criollo en su apelación, relativo a que el pago de los subsidios por incapacidad debe ser asumido por la AFP Porvenir S.A. con cargo a sus propios recursos, ya que tal proceder configuraría un enriquecimiento sin causa, toda vez que se presentaría un enriquecimiento de un patrimonio, a expensas de otro, sin una causa que lo justifique; por lo que corresponde descontar del retroactivo pensional las sumas concedidas por concepto de subsidios por incapacidad.

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión recurrida en este punto.

INDEXACIÓN

Solicita la demandada Porvenir S.A. que se le exonere del pago de la indexación de las sumas, aduciendo que fue Rosa Emilia Oyola Criollo quien se benefició del pago de los subsidios por incapacidad desde el 2009 hasta el 2011.

Pues bien, al respecto cumple indicar que ha sido posición reiterada de la jurisprudencia reconocer la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo a la pérdida de poder adquisitivo del dinero. Y como en el caso estudiado se le adeuda al municipio de Tocancipá (Cundinamarca) lo pagado por concepto de subsidios por incapacidad generados entre los años 2009 y 2011, es claro que dichas sumas deben reconocerse debidamente indexadas.

Ahora, frente a la determinación del sujeto obligado en asumir el pago de la indexación de las sumas, es del caso señalar que, al igual que lo acontecido con los valores pagados por concepto de subsidios por incapacidad, lo correspondiente a la actualización de dichos montos también debe descontarse del retroactivo pensional reconocido a Rosa Emilia Oyola Criollo. En efecto, recuérdese que la indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente. En otras palabras, la indexación no corresponde a un valor diferente o adicional al ya adeudado, sino a la actualización del mismo. En razón a esto, no encuentra la Sala sustento alguno para condenar a Porvenir S.A. a pagar, con cargo a su propio patrimonio, la indexación de las sumas debidas, pese a que éstas se descontarán del retroactivo pensional reconocido a Rosa Emilia Oyola Criollo.

Adicionalmente, observa la Sala que, junto con la pensión de invalidez, a Oyola Criollo se le reconocieron los intereses moratorios, los cuales incluyen el componente resarcitorio del perjuicio causado por la desvalorización de la moneda; por lo que al descontar la indexación de las sumas del retroactivo causado, no se le genera menoscabo alguno a la persona natural demandada.

En consideración a lo anterior, se modificará parcialmente el ordinal segundo de la sentencia recurrida en el entendido que lo correspondiente a la indexación de las sumas también deberá descontarse del retroactivo pensional reconocido a Rosa Emilia Oyola Criollo.

AUXILIO ECONÓMICO Y APORTES A SEGURIDAD SOCIAL

Por último, solicita el extremo demandante en su recurso de apelación la devolución del auxilio económico pagado entre el 19 de abril de 2011 y el 30 de diciembre de 2012, en cuantía equivalente al 50% del salario devengado, así como los aportes a seguridad social en salud y pensión por ese periodo.

Frente a este punto, se hace preciso destacar que si bien el municipio de Tocancipá (Cundinamarca) realizó pagos a Rosa Emilia Oyola Criollo por concepto de "valor incapacidad mayor a 90 días 50%" durante los meses de abril a

diciembre de 2011, y por concepto de "pago cobertura 50% - cobro AFP" durante todo el año 2012 (fls. 327 y ss), los cuales la referida señora aceptó haber recibido al absolver interrogatorio de parte; lo cierto es que la última incapacidad expedida a la trabajadora finalizó el 18 de abril de 2011 (fl. 138); lo que deja sin sustento el recobro de dichas sumas, imponiéndose confirmar la decisión absolutoria de primer grado en este tópico.

Y es que, nada impide a una persona en condición de invalidez o pensionada por esta misma circunstancia que continúe laborando, como es el caso de Oyola Criollo quien, como ya se indicó, se encuentra vinculada como auxiliar de servicios generales al municipio de Tocancipá (Cundinamarca).

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Modificar parcialmente el ordinal segundo de la sentencia recurrida en el entendido que lo correspondiente a la indexación de las sumas debidas también deberá descontarse del retroactivo pensional reconocido a Rosa Emilia Oyola Criollo.

Segundo.- Confirmar en lo demás la decisión apelada.

Tercero.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAYDAN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

**CONTINUACIÓN DE LA AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO
DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLARA VÁSQUEZ TORRES
CONTRA DIMENSIONAL GROUP S.A.S.**

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de julio de dos mil veinte (2020), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 2 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral Circuito de esta ciudad, en el asunto de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Clara Vásquez Torres, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Dimensional Group S.A.S. en liquidación, para que se declare la existencia de un contrato verbal de trabajo a término indefinido desde el 3 de septiembre de 2003 y el 3 de junio de 2016, el cual fue terminado en forma unilateral y sin justa causa por la empleadora y se incumplió por ésta en el pago de sus acreencias laborales. En consecuencia, se condene a la encartada al reconocimiento y pago

de la liquidación de sus acreencias laborales causadas durante la vigencia del contrato por valor de \$26.054.047; aportes a seguridad social por valor de \$22.149.225,00; indemnización por despido sin justa causa \$ 8.950.000; indemnización moratoria (art. 65 CST); lo probado ultra y extra petita y por las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folio 44 y 45 del expediente, en los que en síntesis indicó que: con la demandada existió un contrato verbal de trabajo a término indefinido entre el 3 de septiembre de 2003 y el 3 de junio de 2016, en el que se desempeñó como trabajadora de servicios generales, responsable del aseo de la empresa, y en manera eventual en la residencia del gerente Miguel Poveda Meza, quien falleció el 30 de abril de 2015, ubicada en la Carrera 5 No. 5-15 de esta ciudad, y la residencia del señor Miguel Mateus ubicada en la calle 159 No. 19A-70; cumplía un horario de lunes a sábado de 7:00 a.m. a 5:00 p.m.; el salario devengado entre 2003 y 2005 fue de \$15.000 diarios, entre 2006 y 2010 de \$20.000 diarios y entre 2011 y 2016 de \$30.000 diarios. Señala que la empresa nunca la afilió a seguridad social integral; que el 3 de junio de 2016 de manera verbal, vía telefónica le comunicaron que se tomara unos días de descanso; posteriormente acudió a la empresa para seguir laborando y le comunicaron verbalmente que su relación había terminado; el 23 de marzo de 2017, a través de correo certificado solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales e indemnización, sin obtener respuesta, por lo que el 23 de octubre del mismo año, remitió derecho de petición insistiendo en su reclamación, el cual fue respondido negativamente por Dimensional Group, con el argumento que no existió ninguna vinculación; acudió al Ministerio de Trabajo en procura de sus derecho y en audiencia de conciliación llevada a cabo con el representante legal, se indicó que con la empresa no tuvo ningún vínculo, sino que lo fue con la persona natral Miguel Poveda Meza, por lo que no acepto conciliar.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Dimensional Group S.A.S. en liquidación en forma legal y oportuna (fls. 53 a 57), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; negó la mayoría de los hechos, excepto lo relativo que nunca cancelo seguridad social ni prestaciones sociales con

el argumento de que no existió vínculo laboral con la demandante, y la conciliación que se llevó a cabo en el Ministerio del Trabajo, la cual no llegó a ningún acuerdo por la razón antes indicada. Propuso las excepciones de inexistencia de contrato laboral; falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia atrás referida (fl. 109 CD, acta fl. 110) en la que absolvió a la demandada sociedad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas la excepción de inexistencia de contrato laboral propuesta por la demandada y condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurre insistiendo que la demanda está encaminada a demostrar que estuvo vinculada por 13 años con la demandada, y que si bien es cierto los testigos y el representante legal de la empresa demandada afirmaron que trabajó para el señor Miguel Poveda, recibía la remuneración de la empresa y trabajaba y asistía a la misma para temas de servicios generales; que no se puede explicar de otra manera que la señora Clara conociera a los trabajadores, la ubicación la actividad de la empresa entre otros puntos y los extremos en los que ella laboraba; que la parte demandada sabe que ha basado su defensa en mala fe, en un actuar injusto pues no solamente omitió al cancelar todas las prestaciones a la señora clara sino que injustamente la ha dejado sin la oportunidad de tener una pensión y un sustento para su vejez, puesto que desde esa fecha esa ha sido la única empresa donde ella ha laborado, por lo que solicita revocar la sentencia y en su lugar conceder las pretensiones incoadas por la demandante.

Se presentó alegatos de conclusión por la parte demandada a través de correo electrónico en los que insiste que con la empresa no existió ninguna relación laboral.

CONSIDERACIONES

CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 22 del CST lo define así: “es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto el empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no serlo así indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral. De otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Por eso, sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, cuando se reclaman derechos derivados de un contrato de trabajo, y se controvierte su existencia, la prueba tiene que ser de tal contundencia que no quede la menor duda que esa y no otra fue la relación jurídica suscitada entre las partes y, naturalmente quiénes fueron las partes en la misma, no solamente por las consecuencias jurídicas y económicas derivadas, sino porque no es entendible que los contratantes lleguen a un acuerdo y luego de ejecutado, uno de los contratantes trate de desvirtuar su naturaleza o de adjudicar a

un tercero obligaciones que legalmente no surgieron a su cargo por inexistencia de vínculo que las sustente.

Trazados estos derroteros, procede la Sala a analizar el acervo probatorio el cual se contrae a: Un derecho de petición radicado ante la empresa folio 12, derecho de petición radicado a la UGPP folio 13 y 14; respuesta brindada por la empresa al derecho de petición de fecha 14-11-2017, en donde manifiestan que no existe relación laboral folio 15; acta de no acuerdo de conciliación entre las partes en donde el representante legal de la accionada indico que los servicios fueron prestados pero al señor Miguel Poveda Mesa dueño y socio de la empresa persona que falleció el 30 de abril de 2015 folio 16 y liquidaciones año por año a folios 28 a 43 del expediente, pero desde ahora estas se desestiman ya que no provienen de la demandada y no cuentan con firma de ninguna de las partes.

En interrogatorio de parte absuelto por el liquidador de la sociedad demandada, indica que labró al servicio de la encartada desde 1989 a 2017, señala que conoció a Miguel Poveda Mesa su socio en la compañía, indica que nunca vio trabajando a la señora Clara Vásquez al servicio de la empresa, pero si la vio laborando en el apartamento del señor Poveda Meza en labores de aseo y cuidado de la ropa de este y si bien en algunas ocasiones acudía a la empresa era para cobrar los servicios que le prestaba al nombrado quien le pagaba directamente o por intermedio de su asistente (dc folio 109).

Se recibió los testimonios de Oscar Reyes, quien manifestó que laboró al servicio de la demandada como tecnólogo en comunicaciones, conoció a la demandante hace más de diez años, pero ésta no laboró para la empresa Dimensional Group S.A.S., y supo que ella trabajó al servicio del señor Miguel Ángel Poveda en labores de aseo en el apartamento de éste por días, que en ocasiones ella acudió a las instalaciones de la empresa para reclamar el pago de los servicios prestado al mencionado quien le pagaba directamente o en ocasiones dejaba para lo hiciera su asistente. Finalmente indica que después del fallecimiento del señor Poveda; la señora Clara en algunas ocasiones de manera esporádica ayudo en la empresa en el

empaques de productos pero nunca cumplió horario. Edgar Humberto Ramírez Parra, señala que conoció a la señora Vásquez Torres trabajando al servicio del señor Miguel Poveda el presidente de la compañía, en labores de aseo de su apartamento y no tiene conocimiento que ésta haya tenido alguna relación con Dimensional Group, que en ocasiones visitaba las instalaciones de la empresa pero nunca la vio laborando en ella. Hernando Poveda Mesa, quien manifestó que realmente no conoce a la señora Clara, que en alguna oportunidad hace mucho tiempo la vio en una oportunidad en el apartamento de su hermano Miguel Ángel Poveda, indica que no le consta que la señora Clara haya tenido ningún vínculo contractual con la empresa, insiste que la única vez que la vio fue hace aproximadamente 14 años en el apartamento de su hermano pero no sabe que estaba haciendo, finalmente indica que inició a ser socio de la empresa hace 3 años, solamente como en el año 2016 o 2017, (dc folio 109).

Así las cosas, bajo la valoración armónica de las pruebas con base en las reglas de la sana crítica (art. 61 y 62 del CPT y SS), lleva a la Sala a concluir que si bien se acepta que conocieron a la demandante porque en algunas ocasiones acudía a las instalaciones de la empresa, sin embargo dentro de las mismas se extracta ésta no fue quién aprovechó el servicio prestado por la demandante; por el contrario en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la empresa y los testigos que concurrieron al proceso, fueron consecuentes en manifestar que conocieron a la promotora prestando servicios en labores de aseo y cuidado de la ropa del señor Miguel Ángel Poveda Meza y si bien en algunas ocasiones la señora Clara Vásquez acudía a las instalaciones de Dimensional Group S.A.S. lo hacía para cobrar los servicios que prestaba al antes nombrado, quien le pagaba directamente o a través de su asistente, pero que nunca la vieron laborando al servicio de la compañía (cd fl 109), no existiendo dentro del proceso ni siquiera una prueba que conduzca a la Sala a establecer la existencia de la relación de trabajo alegada con la señora Vásquez Torres, y el hecho que y el hecho de que el señor Miguel Ángel Poveda fue propietario y socio de la encartada, en manera alguna constituye prueba demostrativa de relación laboral de la actora con la empresa; contrario a ello de las pruebas se concluye que quien fue su empleador y se corrobora con los testimonios fue la persona natural antes nombrada y sus

herederos no fueron vinculados a este proceso, por lo que sin lugar a más elucubraciones resulta imperativo confirmar la sentencia apelada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

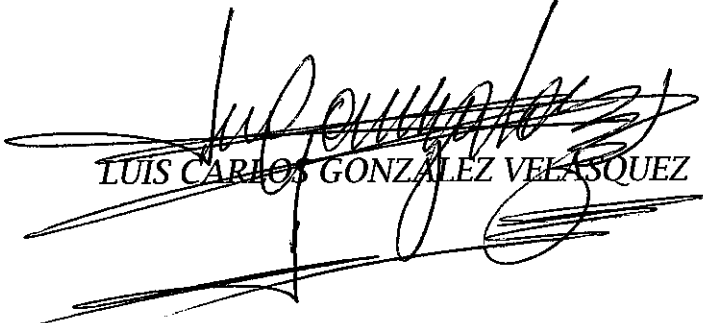
RESUELVE

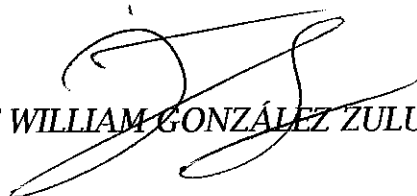
Primero.- Confirmar la decisión apelada.

Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL LUIS FERNANDO HOYOS OSORIO Y OTROS CONTRA EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN.

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de julio de dos mil veinte (2020), siendo las tres de la tarde (3::00 a.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas s contra la sentencia del 28 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Sandra Milena Bermúdez Contreras, Nelcy Johana Pulgarín Bustos y Luís Fernando Hoyos Osorio, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandaron a Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación y solidariamente al Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo durante los extremos temporales que relacionan para cada uno de ellos y que la primera incumplió con el pago de sus acreencias laborales. En consecuencia se condene al pago en favor de cada uno de ellos por concepto de cesantías,

intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización moratoria art. 65 CST, indexación, por las costas y agencias de Derecho, y lo extra y ultra petita. Subsidiariamente piden que se condene al Fondo Nacional del Ahorro como directo empleador y solidariamente a la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación al pago de las citadas acreencias laborales.

*Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 15 a 23 del expediente, en los que en síntesis se indica que: entre las demandadas suscribieron dos contratos de prestación de servicios No. 275-2014 y 147-2015, para el suministro de personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FNA; con ocasión de ello Optimizar Servicios Temporales S.A. contrató a los demandantes bajo la modalidad de obra o labor contratada, como trabajadores en misión del FNA, en el caso de **Sandra Milena Bermúdez Contreras** como Comercial V con salario de \$1.500.000,00; **Nelcy Johana Pulgarín Bustos** en el cargo de Administrativo I con salario de \$3.200.000,00, entre el 1° de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015; y con el señor **Luís Fernando Hoyos Osorio** como Profesional IV con salario de \$3.200.000,00, desde el 19 de enero al 24 de septiembre de 2015. Señala que los servicios prestados por cada uno de los demandantes no eran de carácter temporal, ya la expansión del FNA no es una labor definida en el tiempo y los cargos para los cuales fueron contratados existen en la planta de personal de la entidad oficial; que laboraron en jornadas diarias de ocho horas de 7:00 a 5:00 p.m. y cumplieron sus funciones en las instalaciones del Fondo Nacional del Ahorro. Finalmente indican que Optimizar Servicios Temporales S.A. no canceló las acreencias laborales reclamadas causadas durante la relación laboral y las causadas a la terminación del contrato y dicha empresa se encuentra en liquidación definitiva no se ha ofrecido fórmula de pago a sus trabajadores por parte de las enjuiciadas.*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación, dio contestación mediante escrito obrante a

folios 182 a 195, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos señaló que son ciertos los referentes a la existencia de contrato de prestación de servicios entre las entidades demandadas para el suministro de personal en misión de acuerdo con los perfiles y cargos que requiriera la empresa usuaria FNA, las suscripción de contrato de trabajo con cada uno de los demandantes, los cargos desempeñados y los salarios acordados, señalando que su terminación obedeció a la terminación del contrato comercial suscrito con el FNA; frente a los demás dijo no ser ciertos y no constarles. Propuso como excepciones de mérito: existencia de proceso concursal para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y la genérica.

Por su parte el Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo dio contestación mediante escrito obrante a folios 281 a 323, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó como ciertos los relacionados con la celebración de contratos comerciales de prestación de servicios con Optimizar Servicios Temporales S.A. para el suministro de personal en misión, indicando que de su parte ha cumplido con las obligaciones derivadas de los mismos y frente a los demás manifestó, no constarle y no ser ciertos. Como medios de defensa, propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas al FNA por los demandantes, buena fe, compensación e improcedencia de doble reconocimiento de las obligaciones.

El Fondo Nacional del Ahorro en escrito incorporado a folios 325 a 327 del plenario, propuso llamamiento en garantía a las aseguradoras Liberty Seguros S.A. y Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A., con fundamento en que la demandada empresa de servicios temporales constituyó pólizas de cumplimiento de los contratos comerciales de prestación de servicios suscritos con esa entidad, el cual fue admitido mediante autos de 20 de abril de 2018 (fol 231 y 232 y 440 y 441)

Notificada Liberty Seguros S.A., dentro del término y en legal forma dio contestación, en escrito allegado a folios 337 a 364, en el que se opuso a las

pretensiones formuladas por cada uno de los demandantes, así como las del llamamiento en garantía; frente a los hechos de la demanda manifiesta que no le consta ninguno de ellos y los del llamamiento acepta el relacionado con la suscripción de la póliza de cumplimiento con Confianza S.A. para el cumplimiento de obligaciones laborales. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó: Prioridad en la afectación de las pólizas expedidas por Confianza S.A; coObro de lo no debido, límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad solidaria, ausencia de cobertura por agravación del estado de riesgo por parte del asegurado, buena fe, prescripción laboral, extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, compensación y la genérica.

A su vez la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. dio respuesta a la demanda y al llamamiento a través de escrito visto a folios 520 a 540 en el que se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos de la demanda inicial manifestó no contarle ninguno de ellos y frente a los del llamamiento en garantía aceptó el relacionado con la expedición de la póliza de cumplimiento en virtud del contrato comercial del prestación de servicios suscrito entre las demandadas. Propuso las excepciones que denominó: Falta de legitimación en la causa por parte del FNA para llamar en garantía Confianza S.A.; ausencia de cobertura de las acreencias laborales reclamadas, ocurrencias por fuera de la vigencia de la póliza; ausencia de requisitos para que se pueda hacer efectiva la póliza 24 DL006347, pago y limitación de la indemnización moratoria a la fecha que fue admitido el empleador al proceso de reorganización.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD folio 621) en la que condenó al Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo y solidariamente a Optimizar Servicios Temporales S.A. a pagar a la demandante NELCY YOHANA PULGARIN BUSTOS la indemnización moratoria en la suma de \$76'799.520 de un días de salario por cada día de mora entre el 17 de septiembre de 2015 hasta el 23 de noviembre de 2017; a

Exp. No. 027 2016 00787 01

la señora Sandra Milena Bermúdez Contreras la indemnización moratoria en la suma de \$36'000.000 y a partir del 2 de octubre de 2015 hasta el 25 de octubre de 2017; y al señor Luis Fernando Hoyos Osorio la indemnización moratoria en la suma de \$76'799.520 y a partir del 26 de septiembre de 2015 hasta el 27 de noviembre de 2017; así mismo, que las demandadas pagarán a los promotores los intereses moratorios causados sobre el valor de las prestaciones sociales debidas a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, absolvió de las pretensiones formuladas en el llamamiento en garantía; declaró probadas las excepciones de falta de legitimación den la causa por parte del FNA para llamar en garantía a Confianza S.A. y no probadas las demás propuestas por las demandadas, condenó en costas a las demandadas en favor de los promotores y al FNA en favor de las aseguradoras convocadas en llamamiento en garantía.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandas la recurren así: El Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo, señala que dentro del proceso se demostró la existencia de contrato comercial de servicios con Optimizar Servicios Temporales S.A. y no vinculación laboral entre éste y los demandantes; que la contratación realizada por el FNA para la ampliación del personal con la empresa de servicios temporales, se hizo dentro los parámetros legales; igualmente indica que no fue objeto de controversia la existencia del vínculo laboral de los demandantes con Optimizar teniendo en cuenta que desde la contestación de la demanda aceptó tal circunstancia por lo que no correspondía el estudio de las pretensiones subsidiarias en la forma analizada por el a quo; que no se dan los presupuestos ara declarar la solidaridad del artículo 34 del CST para responder por las indemnizaciones y prestaciones reclamadas por los demandantes y solicita que se revoque la decisión de primera instancia.

Por su parte Optimizar Servicios Temporales S.A., indica que con los demandantes se suscribió contrato de obra o labor determinada, con sujeción a lo señalado en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, numeral 3°, sin que la temporalidad permitida se haya sobrepasado; y en cuanto a la

solidaridad señala que la temporal siempre actuó frente a sus trabajadores en misión conforme a la legalidad que regula esta clase de vinculaciones y de ninguna manera puede ser considerada como responsable por las actuaciones de la empresa usuaria FNA y en cuanto a la indemnización moratoria se debe tener en cuenta que las acreencias laborales causadas e favor de los accionante fueron canceladas con afectación de la póliza DL 007987 ordenado por el Ministerio de Trabajo, según resoluciones 3863 de 2016 y 922 de 2017 en virtud de trabajo realizado por la liquidadora de Optimizar con dicho Ministerio y la aseguradora, y su actuar siempre fue de buena fe y en caso de mantenerse la sanción moratoria se debe limitar esta hasta el proceso de apertura del proceso concursal de liquidación de ésta debido a limitación de sus obligaciones, por lo que solicita se revoque la decisión del a quo.

C O N S I D E R A C I O N E S

NEXO LABORAL

No es objeto de controversia en la alzada, que los demandantes fueron vinculados por Optimizar Servicios Temporales S.A., mediante contratos de trabajo por obra o labor contratada como trabajadores en misión al servicio del Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo, lo cual fue aceptado por las demandas desde la contestación de la demanda.

La controversia en la alzada se suscita porque la demandada FNA, afirma que el verdadero empleador durante la vigencia del vínculo contractual, fue la empresa de servicios temporales Optimizar S.A. y no el Fondo Nacional del Ahorro, como lo definió el a quo.

Así, cumple recordar que las empresas de servicios temporales son personas jurídicas conformadas por sociedades comerciales, centrándose su actividad en enganchar y remitir el personal que requieren otras personas naturales o jurídicas, es decir, colaboran temporalmente con las actividades de la empresa usuaria contratando para ello trabajadores y frente a éstos tiene la calidad de empleador (art. 71 de la ley 50 de 1990). Vinculación que se da en los siguientes casos: a) Para atender labores ocasionales, accidentales o transitorias. La duración debe ser inferior a un mes y las labores realizadas

deben ser diferentes a las habituales de la empresa. b) Cuando se trate de reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y c) Para atender el incremento en la producción, el transporte o las ventas, los períodos estacionales de cosechas y en las prestaciones de servicios por un término de 6 meses prorrogables por otros 6. Pero cuando la contratación se da por fuera de casos y tiempo permitidos por la ley (art. 77 de la ley 50 de 1990), la E.S.T. viene a ser un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales.

De tal modo, verifica la Sala que el 26 de noviembre de 2014, se celebró entre el Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo y la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A. contrato de prestación de servicios No. 275 con el siguiente objeto: la prestación del servicio de una Empresa de Servicios Temporales que suministre personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro, según documento que obra en medio magnético a folio 250 del plenario.

De igual manera se verifica que el plazo de ejecución del referido contrato sería de 6 meses o hasta agotar el presupuesto lo primero que ocurra, a partir de la firma del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato.

El 1º de julio de 2015 se celebró entre las mismas partes el contrato de prestación de servicios No. 147 con el siguiente objeto: prestación de servicios de suministro y administración de personal en misión para satisfacer las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo y la Planeación Estratégica 2015 - 2019, según documento que obra en medio magnético a folio 250 del plenario.

El plazo de ejecución del referido contrato sería de 3 meses o hasta agotar el presupuesto asignado.

En virtud de lo anterior, los demandantes demandante suscribieron con la accionada Optimizar servicios temporales S.A. contrato de trabajo por duración de la obra o labor, así: El 27 de noviembre de 2014 Sandra Milena Bermúdez Contreras suscribió en citado contrato en virtud del cual se le vinculó al cargo de comercial V por el tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratada a juicio de la usuaria o con justa causa o sin justa causa cuando el verdadero empleador lo determine cuya fecha de iniciación fue el 1º de diciembre de 2014 (folios 196 y 197); el 28 de enero de 2015, Optimizar Servicios Temporales S.A. certificó que la citada Bermúdez Contreras laboró bajo el contrato No. 52285007-07-FA desde el 1º de diciembre de 2014 para la empresa cliente FNA, por duración de la obra o labor (folio 103); y el 30 de septiembre de 2015, dicha empresa, le comunicó la terminación de su contrato de trabajo, en virtud de la finalización del contrato comercial que existía con el Fondo Nacional del Ahorro y, por ende, por finalización de la obra o labor contratada (folio 110).

En cuanto a Nelcy Yohana Pulgarín Bustos, el 27 de noviembre de 2014 se celebró contrato con Optimizar Servicios Temporales S.A. un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, para desempeñarse en virtud del cual se le vinculó al cargo de Administrativo I por el tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratada a juicio de la usuaria o con justa causa o sin justa causa cuando el verdadero empleador lo determine cuya fecha de iniciación fue el 1º de diciembre de 2014 (folios 198 y 199). La citada empresa certificó que ésta trabajó bajo el contrato No. 52889422-07-01 desde el 1º de diciembre de 2014 hasta el 15 de septiembre de 2015 y desempeñó el cargo de administrativo I para la empresa cliente Fondo Nacional del Ahorro, por duración de la obra o labor contratada (folio 114), así mismo conforme a la certificación vista a folio 115 del plenario se tienen que ésta cumplió funciones de apoyar los tramites y procedimientos necesarios para la realización de los procesos de contratación de acuerdo con las necesidades del área, con fin de adquirir los bienes y servicios de la empresa; Adelantar trámites y procedimientos necesarios para la realización de las actas de recibo final de los contratos objeto de supervisión del área, si como el seguimiento en la etapa de liquidación de los mismos demás actividades; adelantar trámites y demás actividades de los asuntos precontractuales y contractuales atendiendo el reparto efectuado por el jefe

de división, según la cuantía y naturaleza de los mismos; entre otras relacionadas con el áreas a de contratación en la entidad.

En declaración rendida por Dora Olivia Palacios Aranguren, señaló que la señora Pulgarín Bustos era abogada de gestión humana del FNA y apoyaba al abogado principal en asuntos relacionados con contratos con terceros, bienestar, viáticos y seguridad social, que eran funciones de carácter permanente, no remplazó a nadie ni atendió incrementos de producción.

El 15 de septiembre de 2015, la empresa Optimizar SA comunicó a la antes nombrada su decisión de dar por terminado su contrato de trabajo, por cuanto el FNA ,informó la terminación de las labores y tareas que de manera particular desempeñaba en esa entidad, por ende, por finalización de la obra o labor contratada (folio 116).

Ahora, en relación con Luis Fernando Hoyos Osorio el 17 de enero de 2015 se celebró con Optimizar S.A. un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada en virtud del cual se le vinculó al cargo de profesional IV por el tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratada a juicio de la usuaria o con justa causa o sin justa causa cuando el verdadero empleador lo determine cuya fecha de iniciación fue el 19 de enero de 2015 (folios 200 y 201). La citada empresa certificó que el señor Hoyos Osorio trabajó bajo el contrato No. 80419969-01-01 desde el 19 de enero de 2015 hasta el 24 de septiembre de 2015 en el cargo antes dicho para la empresa cliente FNA por duración de la obra o labor contratada (folio 119).

En testimonio rendido por Angélica María Granja Delgado indicó que el señor Fernando Hoyos Osorio laboraba en la Unidad de Habitat adscrita al área comercial del Fondo Nacional del Ahorro y laboró allí desde el 19 de enero de 2015, se encargaba del proceso de bases de datos para implementar el proyecto línea con enfoque territorial, hacía toda la parte logística, eventos y depuración de las bases de datos. Explicó que el demandante no remplazó personal en vacaciones, ni atendió incrementos de producción, sino que sus funciones se requerían durante un período indefinido de tiempo.

El 1º de octubre de 2015 Optimizar Servicios Temporales S.A. comunicó al señor Hoyos Osorio la terminación de su contrato de trabajo a partir del 24 de septiembre de 2015, en virtud de la finalización del contrato comercial que existía con el Fondo Nacional del Ahorro y, por ende, por finalización de la obra o labor contratada (folio 131).

De lo anteriormente expuesto, si bien los vínculos laborales con cada uno de los demandantes, no se extendieron más allá del término fijado para esta clase de contratos de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 6º del Decreto 4369 de 2006; del material probatorio recaudado emerge que el Fondo Nacional del Ahorro no demostró que la contratación de los señores promotores de esta acción haya obedecido a incrementos de producción, transporte, ventas de productos o mercancías, periodos estacionales de cosechas o aumento en la producción de servicios en forma temporal, es decir, por una situación excepcional que ameritara su contratación durante el tiempo de vigencia de su contrato de trabajo, pues ni siquiera el contrato de prestación de servicios celebrado entre Optimizar Servicios Temporales y el FNA, se precisó con claridad esa situación excepcional, simplemente de manera abstracta se indicó como objeto del primer contrato “cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro” y como objeto del segundo contrato: “satisfacer las necesidades de crecimiento y expansión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo y la Planeación Estratégica 2015 - 2019”, sin que por ningún medio probatorio se haya demostrado cuáles eran esas necesidades de expansión y crecimiento que ameritaban contratar personal a través de empresas de servicios temporales, para desarrollar las funciones que normalmente realiza el personal de planta, pues a las dos primeras se les contrató en los cargos de comercial V y Administrativo I para apoyar los trámites y procedimientos necesarios para la realización de los procesos de contratación del Fondo; y al señor Hoyos Osorio en el cargo de profesional IV para implementar el proyecto línea con enfoque territorial, en todo lo que tenía que ver con logística, eventos y depuración de las bases de datos y, en general todas las empresas públicas y privadas tienen permanentemente necesidades de crecimiento y expansión.

Es tan abstracto e impreciso fue el objeto del contrato de prestación de servicios celebrado entre la EST y la usuaria que los contratos de trabajo de los demandantes también se celebraron con la misma imprecisión, ya que en ninguno de ellos se enuncia a el objeto del mismo y en el término de duración al indicarse en cada uno de ellos que se celebraría por el tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratada a juicio de la usuaria.

Teniendo en cuenta lo anterior y lo señalado, ante la ilicitud de la contratación del Fondo Nacional del Ahorro a través de la E.S.T. Optimizar Servicios Temporales S.A., esta última solo puede catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35 inciso 2º del C.S.T, y el Fondo Nacional del Ahorro debe considerarse como verdadero patrono y al haber actuado Optimizar Servicios Temporales S.A., como simple intermediario resulta es responsable solidario de las obligaciones laborales de los demandantes conforme al art. 34 del CST, por lo que se deberá confirma la decisión de primera instancia en este aspecto, acotando que conforme lo analizado.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Es de precisar que de conformidad con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 4532 de 1998 El Fondo Nacional de Ahorro, establecimiento público creado mediante el Decreto - Ley 3118 de 1968, se transformó en empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, y en consecuencia su régimen presupuestal y de personal será el de las empresas de esta clase, por lo que no es acertado el estudio de la pretensión bajo los postulados del artículo 65 del CST conforme lo determinó el a quo; sino, conforme las previsiones del artículo 1º de la Ley 797 de 1949.

En efecto el artículo 1o. del decreto 797 de 1949, cuyo texto ha sido asimilado, en su alcance, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia al contenido del artículo 65 del C.S. del T., esto es, que sí dentro de los noventa días siguientes a la terminación de un contrato de trabajo la administración no cancela los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que le adeude al trabajador o no hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente,

se sancionará con un día de salario por cada día de retardo en el pago de estos haberes sociales, para lo cual se tendrá en cuenta los motivos aducidos por la entidad oficial que la ha llevado a la mora a efectos de exonerarla, cuando sean razonables y se acredite de esta manera que ha actuado de buena fe.

Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales o no consignación de la cesantía lo exonera de la indemnización moratoria, así la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume. Así, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma-art. 999 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento".

Pues bien, alega la parte recurrente que no pagó las prestaciones laborales a la terminación del vínculo laboral, toda vez que atravesaba por una crisis económica y financiera que le impidió cumplir con sus obligaciones que la llevaron al proceso de reorganización y posterior liquidación de la Empresa de Servicios Temporales que vinculó a los promotores y si bien es cierto la Sala de Casación Laboral de la CSJ entre otras en las sentencias 20.764 del 10 de octubre de 2003 y la 53.793 del 1º de marzo de 2017, ha señalado que la entrada en liquidación de la empresa empleadora, es una circunstancia que puede eximirla de la indemnización moratoria por su imposibilidad de pagar la totalidad de las prestaciones sociales al trabajador o incluso el proceso de reorganización que implica que los pagos se efectúan conforme lo dispone el acuerdo de reorganización y que fue esta justamente la razón que esgrimió la demandada para justificar su omisión, también lo es que para la fecha de

finalización de los vínculos laborales de los demandantes, el 15, 24 y 30 de septiembre respectivamente, la demandada ni siquiera se había admitido al proceso de reorganización y no puede entonces ahora escudar la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones como empleadora en la imposibilidad de pagar las acreencias laborales de los trabajadores cuando la obligación de pago surgió 5 meses antes de ser admitida al proceso de reorganización, de manera pues para la Sala que en concepto de esta juzgadora, no está demostrada una situación atendible y justificable del no pago oportuno de las prestaciones sociales a los trabajadores demandantes, que pueda eximir a la demandada de la indemnización moratoria, por lo que se mantendrá la decisión en este aspecto.

*Ahora en cuanto a la limitación de la sanción moratoria, es de precisar que ésta debe contarse desde el momento del vencimiento del término con que cuenta la entidad oficial para el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la Ley 797 de 1949; y teniendo en cuenta que con cargo a la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 24 DL007987 y por orden del Ministerio de Trabajo, la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, pagó a los demandantes las siguientes sumas: \$2'136.320 el 26 de octubre de 2017 a la señora Sandra Milena Bermúdez Contreras; \$4'118.974 el 28 de noviembre de 2017; al señor Luis Fernando Hoyos Osorio; y \$4'371.834 el 24 de noviembre de 2017 a Nelcy Yohana Pulgarín Bustos, conforme los documentos de folios 541 al 543 y la documental que obra en medio magnético a folio 488 del plenario, considera la sala pertinente modificar los ordinales primero, segundo y tercero de la sentencia apelada en el sentido de precisar que la sanción moratoria ordenada deberá limitarse hasta la fecha en que se realizó el pago de las prestaciones sociales a cada uno de los demandantes, así: a la demandante **Nelcy Yohana Pulgarín Bustos** la indemnización moratoria en la suma de \$69.760.000 por un día de salario por cada día de mora entre el 29 de enero de 2016 hasta el 23 de noviembre de 2017, es decir 654 días de mora; a la señora **Sandra Milena Bermúdez Contreras** la indemnización moratoria en la suma de \$30'550.000 y a partir del 15 de febrero de 2016 hasta el 25 de octubre de 2017 es decir 611 días de mora; y al señor **Luis Fernando Hoyos Osorio** la indemnización moratoria en*

la suma de \$68'906.667 y a partir del 11 de febrero de 2016 hasta el 27 de noviembre de 2017, es decir 646 días de mora.

En lo demás no se presentó reparo por ninguna de las partes.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Modificar los ordinales primero, segundo y tercero de la sentencia apelada para en su lugar condenar al Fondo Nacional del Ahorro y solidariamente a Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación e reconocer y pagar a cada uno de ellos demandantes indemnización moratoria de que trata el artículo 1° de la Ley 797 de 1949, así:*

- 1. Para Nelcy Yohana Pulgarín Bustos la indemnización moratoria en la suma de \$69.760.000 por un día de salario por cada día de mora entre el 29 de enero de 2016 hasta el 23 de noviembre de 2017, es decir 654 días de mora.*
- 2. Para la señora Sandra Milena Bermúdez Contreras la indemnización moratoria en la suma de \$30'550.000 y a partir del 15 de febrero de 2016 hasta el 25 de octubre de 2017 es decir 611 días de mora;*
- 3. Y para el señor Luis Fernando Hoyos Osorio la indemnización moratoria en la suma de \$68'906.667 y a partir del 11 de febrero de 2016 hasta el 27 de noviembre de 2017, es decir 646 días de mora.*

Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Segundo.- *Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás.*

Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación definitiva la suma de \$400.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas y en favor de casa uno de los demandantes.*

Notifíquese y cúmplase.

MILLER ESQUIVEL GAYTAN
Magistrado

~~LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ~~

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA VERÓNICA ESPITIA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días de julio de dos mil veinte (2020), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 22 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del asunto de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

María Verónica Espitia, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, para que se condene a reliquidar su pensión de vejez, teniendo en cuenta lo cotizado en toda su vida laboral; junto con la indexación de la primera mesada pensional, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos relacionados de folios 2 a 4 del expediente, en los que en síntesis indica que: nació el 13 de enero de 1959; mediante Resolución GNR65832 del 27 de febrero de 2014 Colpensiones le reconoció pensión de vejez, tomando como IBL el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, al que aplicó una tasa de reemplazo del 90%; cotizó un total de 1.491 semanas; el 13 de julio de 2016 reclamó ante la accionada la reliquidación de su pensión, teniendo en cuenta el IBL de lo cotizado en toda su vida laboral, así como la actualización de la primera mesada pensional y los intereses moratorios, obteniendo respuesta negativa a través de la Resolución GNR262450 del 5 de septiembre de 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas (fls. 73 a 79). Aceptó la mayoría de los hechos, excepto los relacionados con un presunto error al momento de liquidar la prestación pensional. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 113) en la que absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas a la demandante.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que mediante Resolución GNR65832 del 27 de febrero de 2014 Colpensiones reconoció a María Verónica Espitia una pensión de vejez a partir del 13 de enero de 2014, en cuantía inicial de \$1.476.487.00, teniendo en cuenta 1.491 semanas de cotización y un IBL de \$1.640.541.00, al que aplicó una tasa de reemplazo del 90%, con arreglo a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiaria del régimen de transición (fls. 19 a 21).

Según lo precedente, es claro que para la obtención del IBL se debe acudir a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con “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 toda la vida por tener más de 1250 semanas de cotización.

Bajo este entendido, considerando las pretensiones de la demanda que se centran en la determinación del IBL tomando en consideración lo cotizado en toda su vida laboral, procede esta Colegiatura a efectuar las operaciones aritméticas pertinentes con apoyo del grupo liquidador designado por el Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta para el efecto los reportes de semanas cotizadas visibles de folios 59 a 69 y 99 a 102, en los cuales se refleja que el IBL de la actora durante toda su vida laboral, indexado al año 2014, asciende a \$1.477.703,76, que el aplicarle una tasa de reemplazo del 90% arroja una mesada en cuantía inicial para el año 2014 de \$1.329.933,39, suma que resulta inferior a la reconocida por Colpensiones en la Resolución GNR65832 del 27 de febrero de 2014.

En consecuencia, no hay lugar a la reliquidación peticionada por la actora, imponiéndose confirmar la decisión absolutoria de primer grado.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia consultada.

Segundo.- Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
Magistrado

~~LUIS CARLOS GONZALEZ VILASQUEZ~~

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Expediente No. 020 2019 00034 01

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ EDGAR MARÍN BUSTOS CONTRA HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E. - SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD DEL SUR E.S.E.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio de dos mil veinte (2020), siendo las tres de la tarde (3:00 a.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para surtir la presente audiencia, el Magistrado Sustanciador la declara abierta, junto con los demás Magistrados que integramos la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 24 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá entro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

José Edgar Marín Bustos, por medio de apoderado judicial promovió demanda ordinaria laboral en contra del Hospital del Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Empresa Social del Estado, para que se declare la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido desde el 26 de diciembre de 1996 al 30 de abril de 2017, como trabajador oficial en horario de domingo a domingo de 7:00 p.m. a 7:00 a.m. En consecuencia se

condene al reconocimiento y pago de: Diferencias salariales, trabajo suplementario, recargos dominicales y festivos laborados, durante la relación laboral; auxilio de cesantías, intereses a las cesantías con su respectiva sanción, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad, prima legal de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, aportes patronal a seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales, así como caja de compensación familiar con el salario que le correspondía o devolución del importe pagado por esos conceptos, así como por retención en la fuente, durante la vigencia del contrato; auxilio de transporte, auxilio de alimentación, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, indemnización por la no consignación de cesantías a un fondo; sanción moratoria art. 29 de la Ley 789 de 2002; se declare que todo el tiempo de servicios se debe computar para efectos de pensionales y todo beneficio derivado de la convención colectiva, lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 9 a 13 en los que en síntesis expresó que: laboró de manera constante e ininterrumpida para el Hospital del Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Empresa Social del Estado desde el 26 de diciembre de 1996 al 30 de abril de 2017, desempeñándose como camillero que equivale al de operario de servicios generales grado 5150 grado IV-A de la planta de personal, es decir, como trabajador oficial, a través de diferentes y sucesivos contratos de arrendamiento de servicios y prestación de servicios; devengó como salario mensual \$1.200.000; su jornada de trabajo era de domingo a domingo de 7:00 p.m. a 7:00 a.m.. Señala que en la entidad demandada existen compañeros de trabajo vinculados como trabajadores planta con el mismo cargo; sus actividades fueron las de trasladar pacientes de acuerdo con las normas establecidas por la institución,, entregar muestras al laboratorio clínico y reclamar sus resultados; llevar registro y traslado de pacientes; trasladar equipos médico- quirúrgicos y de asistencia, vigilar la buena calidad del servicio, limpieza y desinfección de camillas, velar por la seguridad de los pacientes a cargo entre otras, siempre cumpliendo el horario de trabajo, recibiendo ordenes de sus superiores y realizando personalmente la labor y solo podía hacer cambio de turnos con sus compañeros de trabajo previa autorización de sus jefes inmediatos; siempre utilizó las herramientas suministradas por el hospital para desarrollar su actividad como Camillero; tuvo

compañeros de trabajo que cumplían las mismas funciones, vinculados a la planta de la entidad quienes tenían beneficios convencionales se le exigió afiliarse como trabajador independiente al seguridad social en salud y pensión; adquirir póliza de cumplimiento de responsabilidad civil, se le descontaba retención en la fuente e ICA; nunca se le dio anticipos por los contratos celebrados, sino que los pagos eran mensuales con abono a nómina; nunca le otorgaron vacaciones, ni fueron compensadas; y lo cancelaron las acreencias que reclama en este proceso. Finalmente indica que presentó reclamación administrativa el 15 de mayo de 2017 y le fue respondido negativamente por la entidad el 3 de octubre del mismo año y que a través del Acuerdo 641 de 2016 se dispuso la reorganización de los servicios de salud de Bogotá D.C.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA- EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la demandada Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur E.S.E. - Hospital del Tunal E.S.E., dio contestación oportuna (fls. 127 a 142), quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la reclamación administrativa y niega los demás indicando que la vinculación del demandante fue a través de los diferentes contratos de arrendamiento de servicios y prestación de servicios relacionando cada uno de ellos y señalando que ello no le otorga una vinculación de tipo laboral. Propuso como excepciones las de: pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, buena fe, prescripción y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, (medio magnético de folio 230 y acta de folios 228 y 229 en la que declaró la existencia de diez contratos de trabajo así:

- 1. Del 26 de diciembre de 1996 al 31 de julio de 1998, salario mensual \$446.000*
- 2. Del 24 de agosto al 7 de septiembre de 1998, salario mensual \$446.000*
- 3. Del 24 de diciembre de 1998 al 12 de abril de 1999, salario mensual \$446.000*
- 4. Del 4 de julio de 2000 al 31 de octubre de 2002, salario mensual \$526.000*

5. Del 2 de diciembre de 2002 al 28 de febrero de 2003, salario mensual \$610.000
6. Del 1° de abril de 2003 al 14 de septiembre de 2005, salario mensual \$694.000
7. Del 21 de agosto de 2007 al 31 de diciembre de 2007, SMLV
8. Del 2 de enero al 10 de septiembre de 2008, salario mensual \$743.000
9. Del 17 de febrero de 2009 al 31 de agosto de 2013, salario mensual \$842.400
10. Del 1° de febrero de 2014 al 30 de abril de 2017, salario mensual \$1.200.000

Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y consecuentemente condenó a la demandada a pagar al demandante \$4.236.781 por cesantías; \$3.860.178 por prima de navidad, \$1.930.089 por prima de servicios; \$2.376.667 por compensación de vacaciones, \$1,930.089 por prima de vacaciones, \$2.306.900 por auxilio de transporte y \$414.500 por subsidio de alimentación; así como al pago de sanción moratoria del art. 1° del Decreto 797 de 1949; y el reconocimiento y pago de aportes a seguridad social en pensión correspondiente al excedente entre el valor cotizado y consignado al fondo de pensiones y el que se desprenda de aplicar como IBC el salario realmente devengado por el demandante como Camillero, para lo cual la administradoras de pensiones deberá realizar el cálculo actuarial, con el fin de que la demandada realice los pagos correspondientes, conforme al tiempo laborado y el promedio mensual determinado y por las costas del proceso. De igual manera absolvió a la demandada de las restantes pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo la parte demandante la recurre en apelación, insistiendo que entre las partes no existió varios contratos de trabajo conforme lo estableció el a quo, sino una sola relación laboral entre el 26 de diciembre de 1996 al 30 de abril de 2017, conforme a las certificaciones aportadas al proceso. Así mismo se deben reconocer las diferencias salariales teniendo en cuenta al proceso que se allegó una certificación del salario de los camilleros durante la vigencia del vínculo laboral. Insiste en el reconocimiento y pago del trabajo suplementario reclamado, señalando que quien debe demostrar que no lo fue así es la demandada invirtiéndose, la carga dinámica de la prueba, y no tener que el demandante demostrarlo. También se debieron reconocer los intereses a las cesantías, así no haya norma que los contemple para las entidades del sector oficial ya que el hecho de percibir cesantías hace que se causen los intereses. Reclama además el reconocimiento y pago de beneficios convencionales con fundamento en

que se allegó la convención colectiva de trabajo y allí establece beneficios para los camilleros los cuales no fueron reconocidos, como prima de antigüedad. Finalmente reitera que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa toda vez que la entidad sigue prestando sus servicios y debió tenerse en cuenta el plazo presuntivo en esta clase de contratos laborales de los trabajadores oficiales, por lo que debido reconocerse la indemnización en tal sentido, más aun cuando se declaró la existencia de los contratos de trabajo y se estudie el reconocimiento y pago de la sanción por el no pago oportuno de intereses a las cesantías.

CONSIDERACIONES

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a examinar los puntos de censura propuestos por la demandante.

CONTRATO DE TRABAJO - NATURALEZA DE LA VINCULACIÓN

No fue motivo de controversia en la alzada la existencia que la vinculación del demandante lo fue mediante contrato de trabajo realidad entre las partes declarado entre el 26 de diciembre de 1996 al 30 de abril de 2017, en el que se desempeñó como camillero (operario de servicios generales). Tampoco fue motivo de controversia la naturaleza de la vinculación laboral del señor Marín Bustos como trabajador oficial, declarada por el juzgado de conocimiento, por lo que las alegaciones presentadas en esta instancia por la demandada en el sentido de que la vinculación entre las parte no lo fue mediante contrato de trabajo, sino de varios de prestación de servicios con el pago de honorarios, no se tienen en cuenta, sino los aspectos puntuales objeto de recurso propuestos por la parte demandante como único apelante.

La controversia que se plantea en esta instancia, se concreta a que la parte demandante insiste en la declaratoria de la existencia de un solo contrato de trabajo y no los diez contratos declarados por el fallador de instancia, indicando que con las pruebas aportadas al proceso, concretamente las certificaciones expedidas por la demandada, dan cuenta de ello, por lo que la Sala se ocupa únicamente de este aspecto y sobre el particular, del estudio del material probatorio recaudado dentro del plenario, concretamente los contratos por los que estuvo

vinculado, así como las certificaciones expedidas por la demandada vistas a folios 68 a 83, 118 a 123 y 217 a 219, respectivamente, es palmario para la sala la existencia de diez diferentes contratos, y no un solo contrato de trabajo a término indefinido, como lo reclama el promotor, así : 1) Del 26 de diciembre de 1996 al 31 de julio de 1998; 2) Del 24 de agosto al 7 de septiembre de 1998; 3) Del 24 de diciembre de 1998 al 12 de abril de 1999; 4) Del 4 de julio de 2000 al 31 de octubre de 2002; 5) Del 2 de diciembre de 2002 al 28 de febrero de 2003; 6) Del 1° de abril de 2003 al 14 de septiembre de 2005; 7) Del 21 de agosto de 2007 al 31 de diciembre de 2007; 8) Del 2 de enero al 10 de septiembre de 2008; 9) Del 17 de febrero de 2009 al 31 de agosto de 2013 y 10) Del 1° de febrero de 2014 al 15 de junio de 2017; que igualmente fueron establecidos por el a quo, ya que si bien en algunos de ellos efectivamente se evidencia continuidad en la vinculación y prestación del servicio, en cada uno de los determinados se presentó interrupciones por lapsos superiores a dos meses; y dentro del proceso no se allegó prueba que establezca que el demandante a pesar de ello hubiese prestado sus servicios a la entidad demandada durante dichos periodos de interrupción; por lo que en este aspecto resulta imperativo confirmar lo decidido por el a quo.

NIVELACIÓN SALARIAL - DIFERENCIA DE SALARIOS

Insiste la parte demandante a través de la alzada en el reconocimiento y pago de la diferencia de salarios, con ocasión de la nivelación salarial, entre lo devengado por una Camillero de planta de la entidad y que percibía mensualmente y sobre el particular, basta con remitirnos a la certificación de orden de prestación de servicios que obra a folios 217 a 219 donde se demuestra el valor de cada contrato, por lo que sería del caso declararlos en tales montos, si no fuera porque se solicita la nivelación salarial con los operarios de servicios generales camilleros de planta, encontrando que a folio 215 del paginario, obra certificación expedida por el Director Operativo de la Dirección de Talento Humano Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, se constata que el cargo de operario de generales camillero durante el periodo que no está cobijado por el fenómeno prescriptivo declarado por el juez de instancia y que no es objeto de controversia en esta instancia, es decir lo relativo al último contrato de trabajo declarado, lo constituía en los siguientes montos: año 2014 \$1.216.033,00; 2015 \$1.278.858,00; 2016 \$1.418.892,00 y 2017 \$1.467.892,00; montos que fue los

que debió devengar el demandante durante la relación laboral, en atención a las funciones que desarrollaba en la entidad demandada como se establecen en el folio 211 y ss relacionado con el manual específico de funciones y competencias laborales y que fueran convalidados con la declaración jurada rendida por el representante legal de la entidad demandada (fls 205 a 207), por lo que en tal aspecto se deberá revocarse la absolución dispuesta por el a quo para en su lugar ordena el reconocimiento y pago de diferencia de salarios reclamada, la que al realizar las operaciones aritméticas teniendo en cuenta lo reconocido y pagado por la entidad como salario mensual y lo que le debió corresponder, conforme lo certificado por la misma, se obtiene una diferencia de \$7.484.073, suma por la cual se condenará a la demandada por diferencia de salarios insolutos.

APLICACIÓN DE LA CONVENCION

Insiste la parte demandante en la aplicación de los acuerdos convencionales y reconocimiento de sus beneficios, concretamente la prima de antigüedad, y sobre el particular se tiene que al plenario se allegó en medio magnético incorporado a folio 123 la convención colectiva 2007 - 2011, con la respectiva constancia de depósito, por tanto como al informativo se acredita que el acuerdo convencional cumple los presupuestos del artículo 469 del CST, es incuestionable que al haberse determinado la existencia de contratos de trabajo entre las partes contendientes, es preciso señalar que la convención colectiva de trabajo suscrita entre los Hospitales de I, II y III Nivel de atención adscritos a la Secretaria de Salud y el Sindicato de Industria de los Trabajadores, Empleados, Funcionarios, Servidores de la Salud y la Seguridad Social de Santa fe de Bogotá y Cundinamarca Sintrasalud, Agrupación de Conductores al Servicio del Distrito Capital Agreconductores y Sindicato de Empleados Distritales Sindistritales, para los años 2007-2011, incorporada con las formalidades legales, se tiene que el demandante es beneficiario de los acuerdos convencionales, por cuanto allí se señala que son favorecidos los trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo en las Empresas Sociales del Estado (Hospitales) adscritas a la Secretaria de Salud de Bogotá entre ellas el Hospital del Tunal III Nivel. Y puntualmente en lo que se refiere a la prima de antigüedad es de precisar que dentro de la compilación de convenciones colectivas aportado no especifica ningún derecho relacionado por tal concepto y los demás derechos convencionales que si se encuentran establecidos como la prima de vacaciones,

el auxilio de transporte y auxilio de alimentación fueron reconocidos por el a quo, conforme lo acordado, por lo que se confirmará en este aspecto.

TRABAJO SUPLEMENTARIO

Insiste el demandante en el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, señalando que de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso se acredita que la enjuiciada no reconoció ni pagó las horas extras, dominicales y festivos deprecados.

Frente a esta pretensión la jurisprudencia ha señalado en forma reiterativa que: “(...) la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión, y no es dable al Juzgador entrar en cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas”.¹ Entonces, tratándose de reclamación de esta clase de derechos, es esencial que se demuestre de manera precisa y clara, el número de horas extras y en qué días.

Ahora bien, para obtener el reconocimiento y pago de las horas extras deprecadas es necesario recurrir a la demostración mediante el aporte de la prueba pertinente por parte del interesado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 177 del CPC, aplicable por analogía en materia laboral, según lo dispuesto en el artículo 145 del CPT y de SS, es decir, se impone a la parte que alega en su favor un derecho la de probar el hecho de donde se deriva o tiene su fuente. Entonces, siendo la prueba el medio legal más idóneo que sirve para demostrar los hechos que se alegan ante las autoridades legales, es preciso que la prueba se produzca para que aquella pueda ser calificada.

Teniendo en cuenta estos planteamientos, al estudiar el material probatorio recaudado no se encuentra evidencia alguna en la cual se pudiera establecer que la actora hubiera laborado en horas extras, dominicales o festivos de la manera como lo pretende la demandante y si bien la testigo Claudia Roció Cárdenas señala que vio laborando al demandante en la noche, de dicha probanza no se determina con precisión el trabajo suplementario o trabajo en horario nocturno deprecado, por lo que el actor ha de sufrir las consecuencias de su falta de

¹ Sentencias marzo 2 /1949, febrero 16 de 1950, marzo 15 de 1952 y diciembre 18 de 1953.

prueba sobre la pretensión analizada, por tanto la decisión absolutoria de primera instancia será confirmada, pues no basta que se afirme en la demanda que la actora laboró en horas extras, dominicales y festivos o en jornada nocturna sino es necesaria su demostración en juicio.

INTERESES A LAS CESANTÍAS

Los derechos mínimos para tales servidores oficiales se encuentran establecidos en la Ley 6 de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y el Decreto 1919 de 2002 en cuanto a prestaciones sociales mínimas se refiere. Estos mínimos pueden ser mejorados entre las partes en el contrato laboral de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo. En tales documentos se señalará igualmente todo lo relacionado con la relación laboral, derechos, deberes, salarios, prestaciones sociales, causales para la terminación del contrato, etc. Ahora, sólo tienen derecho a intereses de las cesantías los servidores públicos (empleados públicos y trabajadores oficiales) vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1996, fecha de entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, afiliados a fondos privados o al Fondo Nacional del Ahorro.

Los servidores públicos afiliados a fondos privados de cesantías tienen derecho al reconocimiento de intereses a las cesantías en los términos del numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990: “El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente”. Por su parte, los servidores públicos afiliados al Fondo Nacional de Ahorro tienen derecho al reconocimiento de intereses a las cesantías en los términos del artículo 12 de la Ley 432 de 1998 así: Artículo 12º sobre cesantías: “A partir del 1º de enero de 1998 el Fondo Nacional de Ahorro reconocerá y abonará en la cuenta de cesantías de cada servidor público afiliado, un interés equivalente al sesenta por ciento (60%) de la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, IPC, sobre las cesantías liquidadas por la entidad nominadora correspondientes al año inmediatamente anterior o proporcional por la fracción de año que se liquide definitivamente, por lo que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de intereses sobre las cesantías ordenadas por el fallador de instancia

por valor de \$508:413,72, imponiendo adicionar la sentencia apelada en el entidad de ordenar su reconocimiento

TERMINACIÓN DEL CONTRATO

El último punto por dilucidar en esta instancia estriba en determinar si la finalización del contrato se generó por vencimiento del plazo pactado, como lo indicó el a quo, o fue sin justa causa, pues el recurrente centra su desacuerdo en este aspecto, indicando que para ello se debe tener en cuenta el plazo presuntivo que rige en esta clase de contratos.

El decreto 2127 de 1945, dado que el demandante ostentaba la calidad de trabajador oficial, señala:

“ARTICULO 38. El contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar siempre por escrito y su plazo no podrá exceder de cinco años, aunque sí es renovable indefinidamente. (...)

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

ARTICULO 47. El contrato de trabajo termina:

a. Por expiración del plazo pactado o presuntivo; (...)

ARTICULO 51. Fuera de os casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar.”

Entonces, conforme se indicó en precedencia entre las partes existieron varios contratos de trabajo a indefinido, los cuales a voces de la norma en cita se entiende pactados por seis meses y se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por periodos iguales.

En el caso de autos teniendo en cuenta el término de prescripción declarado no fue objeto de controversia, esto es, por reclamado frente a los contratos anteriores al iniciado el 1° de febrero de 2014, se tiene que el demandante inició su último contrato el 1° de febrero de 2014, por lo que este se entiende que va hasta el 31 de julio de esa misma anualidad conforme la normatividad citada, en tal sentido como la última prórroga del contrato lo fue el 8 de enero de 2017, según lo certificado mismo que finalizaba el 7 de julio de 2017 y siendo que el contrato terminó antes de que venciera el plazo presuntivo objeto de prórroga, el 15 de junio de 2017, como lo certifico la entidad demandada (fls 217 a 219, por lo que acorde con el contenido del artículo 51 ya citado corresponde el pago de lo que hiciera falta para cumplirse el plazo presuntivo, esto es, 23 días que corresponden \$1.125.384.00, siendo del caso modificar el ordinal segundo de la sentencia apelada, para en su lugar establecer que la demandada adeuda por indemnización por despido sin justa causa la suma antes mencionada.

Los demás aspectos no fue objeto de controversia por ninguna de las partes en la alzada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Recovar parcialmente el ordinal quinto y adicionar el ordinal segundo de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a la demandada Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur a reconocer y pagar al demandante:

- 1. La suma de \$7.484.073,00 por diferencia de salarios insolutos.*
- 2. La suma de \$508:413,72 por intereses a las cesantías*
- 3. La suma de \$1.125.384,00 por concepto de indemnización por despido injusto*

Segundo.- Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás.

Notifíquese y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GARDAN~~
Magistrado

~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~

JOSE WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA