



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ARTURO GARCÍA CARMONA CONTRA CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS SAS, CTA ALIANZA SOLIDARIA EMPRESARIAL O.C., CTA ALIANZA ESTRATEGICA EN SALUD y LA FUNDACIÓN PROFESIONALES DE LA SALUD ALTERNATIVOS y solidariamente contra PEDRO ANIBAL SÁNCHEZ

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **CARLOS ARTURO GARCÍA CARMONA** se **declare** existió un contrato de trabajo con el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS desde el 21 de junio de 2001 al 31 de diciembre de 2011, se **declare** que existió un contrato con la CTA ALIZANZA SOLIDARIA EMPRESARIAL O.C. entre el 1° de junio de 2007 al 31 de agosto de 2009, se **declare** que existió un contrato laboral con CTA ALIANZA ESTRATEGICA EN SALUD desde el 31 de marzo de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011, se declare que la CTA ALIZANZA SOLIDARIA EMPRESARIAL O.C., la CTA ALIANZA ESTRATEGICA EN SALUD y la FUNDACIÓN PROFESIONALES DE LA SALUD son solidariamente responsables del pago de la indemnización por la terminación del contrato sin justa causa, causada por la relación

laboral tuvo entre el 21 de junio de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2011, por prestar sus servicios a favor del CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS de manera subordinada, con cumplimiento de un horario.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** solidariamente a las demandadas a la indemnización por despido sin justa causa, al pago de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST, se **condene** a las demandadas a la devolución de los dineros descontados por retención en la fuente, se **condene** a la devolución de los dineros que se descontaron y de sanciones por no cumplimiento de metas en ventas, se **condene** al pago de viáticos, se **condene** al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, aportes a seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, a la indexación y a las **condenas** ultra y extra petita (fls. 375/388 y 389/390).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.375/388) se señalaron en síntesis que el día 21 de junio de 2001 se suscribió un Convenio de Asociación con el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS, quien lo contrato para que en calidad de médico profesional en la salud atendiera a los pacientes que llegaran a dicha institución, que el 18 de noviembre de 2005 nuevamente suscribió un nuevo Convenio de Asociación con el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS quien le exigía cumplir con un horario de 8 am a 6 pm y además debía realizar de Lunes a Domingo de 8 pm a 9pm un programa radial llamado “ La salud en sus manos” en la emisora Radio Recuerdos, en el cual si no asistía se le descontaba la suma de \$200.000, que el salario era cancelado mediante cheques personales por el accionista Pedro Aníbal Sánchez, que el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS al momento e pagarle le descontaba el 10% por retención en la fuente, que para el año 2001 el salario mensual correspondía a la suma de \$2.500.000, para el año 2002 la suma de \$5.427.391, para el año 2003 la suma de \$4.403.490, para el año 2004 la suma de \$4.178.846, para el año 2005 la suma de \$4.527.985, para el año 2006 la suma de \$2.956.295, que el día 1 de junio del 2007 la empresa CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS le informa que a partir de la fecha debe suscribir un Convenio de Asociación con la CTA ALIANZA SOLIDARIA EMPRESARIAL O.C., asistiendo a las

instalaciones del CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS, que dicho convenio terminó el 31 de agosto de 2009, que en el año 2007 el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS lo obligó a vender unos productos naturales en una cuantía de \$5.000.000 en donde si no cumplía con las metas de venta se le descontaba la suma de \$300.000 mensuales de su salario, entre los años 2007 y 2009 le descontaron de su salario la suma de \$2.150.000 por no cumplir con las metas de venta, que para el año 2007 el salario mensual correspondía a la suma de \$4.000.000, para el año 2008 el salario mensual correspondió a la suma de \$4.000.000, para el año 2009 el salario correspondió a la suma de \$4.800.000, que el 1 de septiembre de 2009 se le informa que debe suscribir un contrato de prestación de servicios con la CTA ALIANZA ESTRATEGICA EN SALUD asistiendo a las instalaciones del CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS, que dicho contrato duró hasta el 31 e marzo del 2010, el 15 de octubre de 2009 CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS le informa que a partir de esa fecha deben crear una fundación para pagarle por medio de ésta y que al no hacerlo no podía seguir laborando con ellos, que la relación laboral entre el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS y la FUNDACIÓN PROFESIONALES DE LA SALUD ALTERNATIVOS comenzó el 1 de abril del 2010 y se extendió hasta diciembre del 2011 asistiendo a las instalaciones del CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS, que para el año 2010 el salario correspondió a \$4.800.000, para el año 2011 correspondió a \$4.900.000, que en el mes de diciembre de 2011 fue despedido sin justa causa por el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS, que el día 16 de noviembre de 2011 asiste a la audiencia de conciliación en Mintrabajo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS. Contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos negó todos y cada uno de ellos y propuso como excepciones de fondo falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción y buena fé. **(fls. 419/438).**

FUNDACIÓN PROFESIONALES DE LA SALUD ALTERNATIVOS. Contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos negó todos y cada uno de ellos y propuso como excepciones de fondo falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción y buena fé. **(fls 484/515).**

PEDRO ANIBAL SÁNCHEZ. Contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos negó todos y cada uno de ellos y propuso como excepciones de fondo falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción y buena fé. **(fls 539/558)**

CTA ALIANZA SOLIDARIA EMPRESARIAL O.C. y CTA ALIANZA ESTRATEGICA EN SALUD. Contestaron a través de curador ad litem designado por el juzgado, sin embargo, mediante Auto de fecha 14 de diciembre de 2015, se tuvo por no contestada la demanda por haberse radicado de manera extemporánea. **(fl. 596)**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de mayo de 2018, **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora (CD fl.671).

Como argumento de su decisión, señaló el *a quo* que de la existencia de las documentales se desprendía en primer lugar que el actor fue contratado para prestar los servicios personales en el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS. a través de convenios de asociación con contrato de prestación de servicios y cooperativas de trabajo asociado, hizo relación a la prueba testimonial concluyendo que la parte pasiva había logrado derruir la presunción que operaba en favor del actor, por cuanto de todas las versiones escuchadas se desprendía de manera unánime que el demandante había prestado los servicios de manera personal en el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS. No obstante, teniendo en cuenta los testimonios de, fueron uniformes y consistentes en manifestar

que el actor al igual que los demás profesionales de la salud prestaron sus servicios profesionales de manera autónoma e independiente y que el demandante junto con sus colegas de forma voluntaria decidió crear la fundación Profesionales de la salud alternativo.

Sostuvo que tan solo la testigo Vivian Paola López Rojas había señalado que el actor cumplía un horario, como tampoco existía mayor convencimiento de la declaración rendido por Luis Ariel Duque Gómez, ya que este no trabajo con el actor, ni conoció de manera directa los hechos, tampoco quedaba demostrado que hubiera estado obligado a asistir a los programas radiales, como tampoco se encontraba acreditado que los médicos tenían que vender los productos del centro médico o de lo contrario se les imponía una multa, por el contrario los testigos profesionales de la salud al igual que el actor pusieron de presente que todos asistieron a los programas radiales de manera voluntaria para conseguir más pacientes, que eran libres de recetar o no los productos del centro médico sin que se les impusiera alguna multa o sanción por no hacerlo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que dentro del presente proceso no se había hecho el estudio directamente formal de todas y cada una de las pruebas; y de los eventos a los cuales se llevaba a establecer que realmente el demandante cumplía con los elementos constitutivos de un contrato de trabajo, que del testimonio de la señora Vivian Paola López Rojas se había podido establecer que el actor debía cumplir un horario y unas metas de ventas que imponía el CENTRO MÉDICO NATURISTA LOS OLIVOS, se había logrado establecer con los cheques aportados al proceso, que cuando supuestamente estaba laborando para la empresa ALIANZA SOLIDARIA EMPRESARIAL OC, quien los firmaba era el señor Pedro Aníbal Sánchez, persona que si bien no daba directamente las órdenes, sí lo hacía a través de otras personas que estaban de funcionarios dentro el centro médico naturista los Olivos, también obraban oficios y memoriales presentados directamente al actor donde se establece los días que tenía que ir a trabajar o que tenía debía presentarse en otras entidades o en otras sedes del mismo centro médico naturista lo Olivos.

También se encontraba demostrado, que se le daban órdenes para tener que asistir al programa radial de caracol, de todo lo anterior quedaba acreditado que los demandados trataron de disfrazar el contrato de trabajo creando unas cooperativas, unas asociaciones en las cuales evidentemente todas eran manejadas por el señor Pedro Aníbal Sánchez, así mismo, debía tenerse en cuenta que fue más o menos en el año 2009 que se creó LA FUNDACIÓN PROFESIONALES DE LA SALUD ALTERNATIVA, de manera que, desde el inició de la relación laboral hasta el año 2009 no hay certeza de cómo se realizaba la labor en el centro médico naturista los Olivos, también se encontraba acreditado la realización de funciones establecidas de lo que tenía que vender o que se tenían que dar unos medicamentos incluso del mismo laboratorio del centro médico naturista lo Olivos, demostrándose que efectivamente existió una subordinación. Se logró probar también que se hacía retención en la fuente, lo cual se encuentra demostrado con la DIAN, sin que fuera explicado de manera detallada como se esparcía ese dinero y esa información.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si el demandante estuvo ligado por una relación laboral dependiente y subordinada con el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS, o si, por el contrario, lo que existió fue otro tipo de vinculación contractual, ejecutada en forma autónoma e independiente por el demandante y regido por normativas ajenas al derecho laboral. Así mismo, en caso de confirmarse la existencia de una relación laboral si hay lugar el reconocimiento de las pretensiones solicitadas en el libelo demandatorio, si hay lugar a la solidaridad con las otras demandadas y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Existencia de un contrato laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato

laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Es así, como en el presente asunto, obra plena operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador a quien le corresponde desvirtuarlo, así lo señaló la CSJ SL en la sentencia SL 2171-2019.

Así mismo, la CSJ Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 225 del 2020, señaló que la Corte Constitucional al declarar la inexequibilidad del inciso 2° del artículo 2° de la Ley 50 de 1990, indicó: *“quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1o. de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada”*, estableciendo textualmente:

“Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser éste quien deba demostrar la subordinación jurídica.

Advierte la Corte que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza (inciso 1 de la norma demandada) implica un traslado de la carga de la prueba al empresario”.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Precisado lo anterior, pasa la Sala analizar las pruebas aportadas al proceso a fin de verificar la forma en que se ejecutaron los contratos existentes entre las partes, esto es, si el actor actuaba con autonomía técnica y directiva, o si por el contrario se encontraba subordinado.

Es evidente que en el presente asunto quedó acreditada la prestación personal del servicio, pues de acuerdo al caudal probatorio se pudo establecer que el actor prestaba sus servicios en las instalaciones del CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS ejerciendo su profesión de médico, por lo tanto, de conformidad con lo expuesto por la CSJ SL 1021-2018, se tiene que en el presente caso, estamos ante una profesión de carácter liberal, de contenido y desarrollo exclusivamente intelectual, que marca su autonomía; por ello, el análisis sobre la prestación personal del servicio y su ejecución bajo el concepto de independencia debe ser más riguroso.

Obran como pruebas documentales de los vínculos que tuvo el actor con las demandadas los siguientes; convenio de asociación suscrito con el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS del 18 de noviembre de 2005 (fl.14), contrato de prestación de servicios con la CTA ALIANZA ESTRATEGICA EN SALUD 1° de septiembre de 2009 (fl.18/20), contrato de prestación de servicios con PROFESIONALES DE LA SALUD ALTERNATIVO del 2 de enero de 2010 (fl. 524), con CTA ALIANZA SOLIDARIA EMPRESARIAL O.C. obra inscripción a la EPS SANITAS de fecha 2 de octubre de 2006, ingresó ARL COLMENA de fecha 2 de octubre de 2006 (fls.443/444).

Sostuvo la *a quo* que de la prueba testimonial rendida a favor de la parte demandada, se había podido establecer que los mismos habían sido uniformes y consistentes en manifestar que el actor al igual que los demás profesionales de la salud habían prestados sus servicios de manera autónoma e independiente y que el demandante junto con sus colegas de forma voluntaria decidieron crear la fundación Profesionales de la salud alternativo, relatos que resultan ser ciertos al ser verificados, sin embargo, es de advertir que con los demás medios de prueba los mismos fueron desvirtuados, con los cuales se llega a establecer que el actor realmente no actuó con la autonomía señalada y que por el contrario, con las diferentes

formas de vinculación lo que pretendieron fue ocultar la verdadera relación laboral que existió entre el demandante y el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS como se pasa a exponer.

Téngase en cuenta que el actor durante las diferentes formas de contratación nunca dejó de prestar sus servicios en las instalaciones del CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS ejerciendo siempre la misma labor como médico, incluso actuando en su representación, ya que debía acudir al programa que se transmitía en la cadena radial RADIO RECUERDOS donde fungía como médico del centro médico, tal y como lo hizo saber el testigo LUIS ARIEL DUQUE quien manifestó que cuando tenía la oportunidad de escuchar el programa radial allí se informaba que quienes estuvieran interesados podían asistir al CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS, si bien los testigos que declararon a favor de las demandadas sobre el tema señalaron que los médicos iban de manera voluntaria a los programas radiales a fin de poder conseguir más pacientes, lo cierto es que quien más se veía beneficiado era el mismo centro médico, toda vez que los médicos no se promocionaban de manera individual como profesionales en salud, sino como profesionales del centro médico, además era el mismo centro médico quien representaba a los médicos ante CARACOL RADIO como se puede ver de las autorizaciones para asistir al programa (fls. 337/371), también debe tenerse en cuenta que de la documental que se encuentra a folios 222 a 335 demuestran que la asistencia de los médicos a los programas radiales era designada directamente por el centro médico, encontrándose en algunos de ellos la imposición incluso de que los días domingos, los médicos debían turnarse de a 2 por cada domingo (fl.223), programas radiales que se hicieron durante casi todo el vínculo contractual.

Del testimonio del señor DAGOBERTO RODRÍGUEZ (*representante legal FUNDACIÓN PROFESIONALES DE LA SALUD ALTERNATIVOS*) se pudo establecer que el actor no solamente debía prestar sus servicios en la sede que tenía el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS en la localidad de Chapinero-Bogotá D.C., sino que además en ocasiones debía estar en suba o en otras sedes que tenía en la ciudad de Bogotá, aduciendo sobre ello que lo hacían para cubrir las incapacidades de otros médicos, lo cual claramente deja entrever que eran ellos quienes disponían de su tiempo,

aspecto que incluso se corrobora por lo dicho por el testigo CARLOS ALBERTO PEÑA (*asistente administrativo del señor DAGOBERTO RODRÍGUEZ para el momento de los hechos*), quien manifestó que si algún médico era incapacitado o se iba de vacaciones entre ellos se buscaban remplazarse.

De otro lado, la testigo VIVIANA PAOLA LÓPEZ (*administradora general del centro médico desde 2009 a 2010*), resulta ser una testigo relevante en la decisión a tomar en este asunto, pues estuvo directamente relacionada con el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS en la parte administrativa, por lo que pudo apreciar cómo realmente ejecutó su labor el señor CARLOS ARTURO, siendo clara en manifestar que mientras el actor estuvo vinculados con las CTA quien siempre le impartió las ordenes fue el gerente del CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS, que fue él quien tomó la decisión de crear la fundación a fin evitar reclamaciones laborales, siendo ella misma quien hizo los papeles ante Cámara y Comercio vinculándose a todos los médicos como socios fundadores, también confirmó que el actor eran enviado a otras sedes del centro médico, incluso fue quien estuvo en la apertura de la sede en Cali, además de confirmar que la asistencia a programas radiales no era voluntario sino impuesto por el centro médico, sosteniendo que el cronograma lo generaban desde gerencia y si alguno de los médicos no podía ir debía ir otro en su remplazo.

Otras de las pruebas relevantes en este caso es el testimonio del señor GIOVANNI MARTÍNEZ ARGUELLO quien manifestó que fue compañero del demandante en el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS que ambos se desempeñaban como médicos en dicha institución y que inicialmente también tuvo las mismas contrataciones del actor, aduciendo para el momento de la audiencia que aún seguía prestando sus servicios para la demandada, destacándose de su versión que actualmente se encuentra vinculado a través de un contrato laboral con salario integral, lo cual resulta bastante contradictorio a todo lo expuesto por las demandadas CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA y la FUNDACIÓN PROFESIONALES DE LA SALUD ALTERNATIVOS, ya que con ello se demuestra plenamente que la actividad desempeñada por el actor estaba ligada a una relación laboral, pues no tiene presentación que la demandada diga que esa actividad era autónoma e independiente cuando tiene

vinculados médicos realizando la misma labor que ejecutaba el actor bajo un contrato laboral.

Adicionalmente, tal y como lo sustento el recurrente al verificarse los cheques que fueron girados a favor del actor los días 3 de octubre de 2008, 17 de octubre de 2008, 4 de noviembre de 2008, 19 noviembre de 2008, 3 de diciembre de 2008 y 6 de agosto de 2009 (fls. 125/130), todos aparecen firmados por el señor PEDRO ANIBAL SÁNCHEZ en representación del CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA, cuando se invocó durante el devenir del proceso e incluso se encuentra demostrado con las contrataciones antes señaladas que el actor estaba era vinculado era con las CTA, por lo tanto, no resulta entendible las razones por las cuales sus remuneraciones estuviera entregadas a cargo del CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA cuando supuestamente entre ellas no existía ningún clase de vínculo, todo ello sustenta más las razones de justifican que el actor siempre prestó sus servicios profesionales bajo la subordinación del CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA, siendo la creación de la fundación e incluso la celebración de la conciliación de fecha 16 de noviembre de 2011 (fl.456/457) fue una simple fachada para vulnerar los derechos laborales del trabajador.

De todo lo expuesto, si bien no se aprecia como tal la imposición de un horario al demandante para el desarrollo de su profesión; ello se debía precisamente en su experticia como médico; pero el hecho de haberse exigido prestar los servicios en las instalaciones de la entidad; tener que suplir turnos de otros médicos que no pudieran asistir, actuar en su representación ante terceros como lo fue en los programas radiales, no haber acreditado independencia administrativa propia de los trabajadores independientes, pues téngase en cuenta que quien recibía los dineros de las consultas o era el centro médico o era la fundación pero nunca entraron directamente al actor, no siendo valedero alegar que al haber sido el demandante fundador de la FUNDACIÓN PROFESIONALES DE LA SALUD ALTERNATIVOS se pueda establecer que actuó realmente bajo la convicción de que ejercía una actividad profesional autónoma e independiente, sino como bien lo dijo en su declaración de parte fue una imposición del centro médico para poder continuar ejerciendo su labor.

Son todos indicios de la existencia de un vínculo laboral; que en términos de la Resolución No 198 de 2006 de la OIT sobre la relación de trabajo, interpretados en armonía, con el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades previsto en el art. 53 constitucional, y la jurisprudencia sobre el mismo; le permiten concluir a la Sala la existencia del elemento de la subordinación, por lo cual habrá de declararse la existencia de una relación laboral con el CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS S.A.S ya que fue quien verdaderamente actuó como empleador del demandante siendo las demás demandadas responsables solidariamente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del CST, pues es evidente que la labor prestada por el actor tiene conexidad con el giro ordinario de la FUNDACIÓN PROFESIONALES DE LA SALUD ALTERNATIVOS y en lo que tiene que ver con las cooperativas de trabajo asociado, al no haber contestado la demanda y no haberse hecho parte dentro del proceso, además de haberse declarado confesos los representantes legales por no asistir a la audiencia de interrogatorio de parte, conlleva a establecer que efectivamente no actuaron de manera correcta frente a las obligaciones legales que se les endilga, pues no demostraron que realmente el actor hubiese ejecutado actos en calidad de asociado, demostrándose así que incumplieron con las prohibiciones contenidas en el artículo 7° de la Ley 1233 de 2008 y artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, debiendo responder frente a los tiempos en que tuvo relación con el actor.

Ahora, en lo que respecta al señor PEDRO ANIBAL SÁNCHEZ de quien también se pide sea condenado de manera solidaria, no se observó que hubiera actuado como persona natural, sino sus actuaciones estuvieron enmarcadas como representante del CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS SAS, por lo tanto, no se accederá a la pretensión.

Por tales motivos, no queda más que **REVOCAR** la decisión de primera instancia.

Extremos laborales y salario

En cuanto a los **extremos laborales** refiere la parte actora que el vínculo laboral con la demandada CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS inició el 21 de junio de 2001, al revisarse la documental

anexa y las declaraciones rendidas no se aprecia con claridad que efectivamente esa hubiera sido la fecha exacta de vinculación laboral, por lo tanto, se tomará como fecha inicial el **1° de enero del año 2002**, teniendo en cuenta la documental obrante a folio 22, en la cual la demandada CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS certifica que durante el año 2002 se le recaudó por el convenio de asociación la suma de \$6.512.870.

En cuanto el **extremo final** aduce al actor que lo fue el día **31 de diciembre de 2011**, lo que se corrobora con la documental obrante a folio 194, donde consta una consignación efectuada a favor del actor en el Banco Bogotá, si bien no dice con exactitud quien fue el depositario, se entiende que fue la parte demandada, pues sobre dicha documental no hubo objeción.

Para calcular el **salario** se tuvo en cuenta las documentales obrantes a folios 22/26, 125/194, 197/198, 525/528, 653/654, teniendo en cuenta que las mismas no fueron tachas de falsas. En lo que respecta, a las documentales que militan a folios 28 al 138 y del 199 al 212, no fueron tenidas como quiera que no son claras en especificar de los valores allí plasmados, qué constituían como tal la remuneración del servicio prestado por el actor, ya que dentro de las mismas aparecen pagos por otros conceptos, como por ejemplo; pago de medicamentos entre otros, tampoco costa en algunas la firma del responsable y del beneficiario, ni se sabe si esos dineros entraron o no al patrimonio del trabajador. Así las cosas, promediando el salario mensual año a año, los mismos corresponden a los siguientes valores:

Año	Salario
2002	\$542.739 ¹
2003	\$ 4.403.490
2004	\$4.178.846
2005	\$ 4.527.985
2006	\$2.956.295
2007	\$433.700 ²
2008	\$ 4.825.893
2009	\$ 3.761.131
2010	\$3.831.471

¹ A folio 22 aparece certificación por el año 2002 por el un valor total de \$6.512.870.

² De las documentales no fue posible establecer el salario por este año, se tomó SMLMV

2011	\$1.778.520
------	-------------

Acreencias laborales y prescripción

Observa la Sala que dentro de las pretensiones de la demanda no se hizo alusión al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, aportes a seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, sin embargo, en los hechos de la demanda el actor hizo relación a la falta de pago sobre dichos conceptos, los cuales los especificó en cada uno de los años laborados, de manera que fueron parte del litigio y por lo tanto, se entrará a verificar si se cumplió o no con el pago de dichos conceptos.

Previo a entrar a establecer las condenas respecto de las acreencias laboral legales, es necesario estudiar la **excepción de prescripción** de manera que teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la S.S., el actor contaba con 3 años para reclamar o para presentar la demanda, observándose que el término prescriptivo se interrumpió con la prestación de la demandada al haber sido radicada **18 de julio de 2014** (fl.401) y al haberse notificado a las demandadas durante al año siguiente de notificado el auto admisorio de la demanda de conformidad con lo establecido en el artículo 94 CGP, por lo que las acreencias labores como primas e intereses a las cesantías se encuentran prescritas con anterioridad al **18 de julio de 2011** y las vacaciones al **18 de julio de 2010**.

Frente a las **cesantías** no alcanzó a presentarse el fenómeno prescriptivo, como quiera que el término comienza a contabilizarse a partir del momento en que se da por terminado el vínculo laboral (31 de diciembre de 2011) y la demanda fue presentada antes que de venciera dicho término.

Así las cosas, corresponde reconocerle al señor CARLOS ARTURO GARCÍA CARMONA, las siguientes sumas y conceptos:

Primas: \$889.260
Vacaciones: \$2.802.526
Cesantías: \$31.240.070
Intereses a las cesantías: \$213.422,4.
Total: \$35.145.278,4

DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.

Salud y riesgos laborales – En relación con esta temática, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que al trabajador no le es dable solicitar que se le cancelen directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador. Además, tal y como fue indicado en sentencia SL 3009-2017 del 15 de febrero de 2017, *“lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales, es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.”*

Por lo antes expuesto, como quiera que en el presente asunto el demandante no acreditó que se haya producido daño o perjuicio alguno por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por su parte por estos conceptos, téngase en cuenta además que obran dentro del proceso algunos pagos relacionados con riesgos laborales como se puede ver a folios 444 y 452, e tal sentido se impone absolver a las demandadas por esta súplica.

Pensión – Como quiera que de conformidad con el art. 15 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el art. 3 de la Ley 797/2003) son afiliados en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y que el artículo 17 ibidem dispone la obligatoriedad de las cotizaciones al régimen del sistema general de pensiones, al encontrarse acreditado el vínculo laboral entre la demandante y los demandados, como fue indicado al inicio de esta decisión, era obligación de ésta la afiliación del ex trabajador al sistema general de seguridad social en pensiones.

Como prueba para sustentar la obligación relacionada con este concepto se aportaron a folios 445/448, 458, 651, 653 diferentes certificados de afiliación y aportes a seguridad social, así como un cuadro realizado por la misma demandada donde se relacionan pagos a seguridad social, pero no existe soporte que efectivamente se hubiere realizado y en otras no se especifica que el aporte se hubiera hecho a favor del demandante, solamente se tendrá en

cuenta la documental obrante a folio 652 que corresponde a una planilla con periodo a pensión de diciembre del 2010 y si bien el testigo CARLOS ALBERTO PEQUEÑA dijo en su declaración que la FUNDACIÓN PROFESIONALES DE LA SALUD ALTERNATIVOS había hecho un pago mensual a seguridad social sobre el SMLMV como había sido pactado entre los médicos, lo cierto es que no obra soporte sobre su dicho, pues se repite la documental aportada no especifica pagos efectuados directamente al actor sobre tal concepto, siendo su carga probatoria, además de que como bien se puede demostrar el salario no correspondió al SMLMV en tal medida se ordenará efectuar las correspondientes cotizaciones a pensión.

Por consiguiente, se condenará al CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS a realizar a realizar la afiliación del señor CARLOS ARTURO GARCÍA CARMONA al Fondo de Pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones desde del periodo comprendido entre el 1° de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2011, teniéndose como salario base de liquidación para el año 2002 la suma de \$542.739, 2003 la suma de \$4.403.490, 2004 la suma de \$4.178.846, 2005 la suma de \$4.527.985, 2006 la suma de \$2.956.295, 2007 la suma de \$433.700, 2008 la suma de \$4.825.893, 2009 las suma de \$3.761.131, 2010 las suma de \$3.831.471 y 2011 las suma de \$1.778.520.

Devolución dinero por retención en la fuente

Al respecto, se tiene que la Corte Suprema de Justicia en tratándose de la retención en la fuente, ha indicado entre otras en la sentencia Rad. 20629 del 4 de septiembre de 2003, la obligatoriedad de su recaudo por el empleador en su calidad de “*agente retenedor*”, al traer a colación la premisa impuesta por el estatuto tributario que define al contratante laboral como sujeto pasivo en la relación del trabajador con el Estado, siendo entonces el empleador el medio para el recaudo fiscal.

Entonces, siendo obligación del empleador efectuar dichas retenciones sobre los montos devengados por el trabajador en su condición de persona natural llamada a declarar (literal a del artículo 329 del Estatuto Tributario), cualquier tipo de reclamo sobre su configuración, cuantificación o devolución, escapa de la órbita de la jurisdicción ordinaria laboral en la medida que la misma corresponde a una cuestión de índole tributaria, como

así lo indicó dicha Corporación en proveído SL 15097-2014 Rad. 46150 del 24 de septiembre de 2014, al indicar:

“Para darle prosperidad al cargo, basta señalar que esta Sala de la Corte, de vieja data se ha ocupado del tema en cuestión y ha fijado como línea mayoritaria la improcedencia de tales devoluciones a cargo de los empleadores, pues por tratarse de una cuestión de índole tributaria representa un supuesto ajeno a la actividad de conocimiento del juez del trabajo en los términos dictados por el CPL y SS, art. 2°. Sobre el punto valga rememorar lo adoctrinado en la sentencia CSJ SL, 23 oct. 2012, rad. 41579...”

Devolución de dineros descontados

Frente a esta pretensión debe decirse que al tratarse de salarios los mismos se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo, pues de las documentales con las se pretende probar los descuentos corresponden a fechas anteriores al 18 de julio de 2011 y del año 2011 no obra soporte alguno (fls. 197/112), además debe tenerse en cuenta que el salario se hace exigible una vez haya terminado el periodo de trabajo pactado, es decir, que la prescripción empieza a correr al día siguiente del vencimiento del plazo para pagar el salario.

Viáticos

En relación a este concepto tampoco habrá lugar a condena como quiera que no se probó que durante toda la vigencia laboral se hubieren efectuado pagos por este concepto, tan solo obra a folios 526 a 528 unos pagos relacionados con viáticos de septiembre a diciembre de 2010, sin que con ello se demuestre la incidencia salarial se requiere que sean habituales.

Despido sin justa causa.

Frente al particular, ha de indicarse que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha referido sobre la carga demostrativa a la que se somete cada una de las partes en discusión sobre la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral y ha sostenido que la demostración del despido le corresponde al actor y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le corresponden a la demandada.

Así las cosas, la parte demandada no demostró las razones justificables por las cuales decidió dar por terminada la relación laboral, siendo este su deber, en consecuencia, se condenará a la accionada al pago de la indemnización de que trata el art. 64 el CST., por lo que, una vez efectuadas las operaciones matemáticas del caso, se tiene que la misma asciende a la suma de **\$12.449.640** que corresponden a 10 años laborados.

Indemnización del art. 65 CST e indexación

En lo referente a esta indemnización es criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas prestaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena fe que guiaron la conducta del empleador, tal y como lo ha indicado en sentencias SL 35414 – 2009, SL16572 de 2016 y SL-11436 de 2016, entre otras.

Así las cosas, para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 08 de abril de 2008 con radicado No. 29999, posición reiterada en sentencia del 24 de enero de 2012, expediente No. 37288.

En el caso concreto, la buena fe no fue demostrada, pues como en precedencia se dijo lo que verdaderamente existió entre las partes fue un contrato de trabajo, que se disfrazó a través de otro tipo de contrataciones con terceros para prestar siempre el servicio al mismo empleador, por lo tanto, al no haberse acreditado las razones de incumplimiento en el pago de las acreencias laborales por parte del CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS, ni haberse justificado su comportamiento, le incumbe el reconocimiento de la indemnización solicitada en la suma de **\$59.284** que corresponde a un día de salario por cada día de mora, que equivalen para el mes 24 a la suma de **\$42.684.480** y a partir del mes 25, esto es el 1° de enero de 2014, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios

a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando el pago se verifique.

Teniendo en cuenta la condena aquí efectuada, se ordenará el pago de la **indexación** solamente en relación a las vacaciones y la indemnización por despido injusto, toda vez que el trabajador no puede beneficiarse, al mismo tiempo, de la indemnización moratoria y de la indexación frente a un mismo concepto salarial o prestacional, pues la consecuencia de la mora se sanciona con la una o con la otra, dependiendo de si se acredita o no la buena fe del empleador en su conducta omisiva frente al pago.

Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se trata de emolumentos laborales que no pueden clasificarse como salariales o prestacionales, como sucede con las vacaciones y la indemnización por despido injusto, porque en esos casos el incumplimiento o la tardanza en su cancelación no se resarce mediante el pago de la indemnización moratoria, sino a través de un mecanismo que les permite, al menos, reponerse de los efectos relacionados con la pérdida de su poder adquisitivo, que es la denominada indexación.

COSTAS:

COSTAS en ambas instancias a cargo de las demandadas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 21 de mayo de 2018, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral entre el señor CARLOS ARTURO GARCÍA CARMONA y la demandada CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS desde el 1° de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2011, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, de acuerdo a la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR al CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS a las siguientes sumas y conceptos:

Primas: \$889.260

Vacaciones: \$2.802.526

Cesantías: \$31.240.070

Intereses a las cesantías: \$213.422,4.

Total: \$35.145.278,4

Indemnización moratoria: la suma \$59.284 que corresponde a un día de salario por cada día de mora, que equivalen para el mes 24 a la suma de \$42.684.480 y a partir del mes 25, esto es el 1° de enero de 2014, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando el pago se verifique

Indemnización por despido sin justa causa: la suma \$12.449.640 que corresponden a 10 años laborados.

CUARTO: CONDENAR al CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS a realizar la afiliación del señor CARLOS ARTURO GARCÍA CARMONA al Fondo de pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones desde del periodo comprendido entre el 1° de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2011, teniéndose como salario base de liquidación para el año 2002 la suma de \$542.739, 2003 la suma de \$4.403.490, 2004 la suma de \$4.178.846, 2005 la suma de \$4.527.985, 2006 la suma de \$2.956.295, 2007 la suma de \$433.700, 2008 la suma de \$4.825.893, 2009 las suma de \$3.761.131, 2010 las suma de \$3.831.471 y 2011 las suma de \$1.778.520, no incluyéndose el mes diciembre de 2010 conforme fue expuesto en la parte motiva de esta decisión.


QUINTO: CONDENAR solidariamente a la CTA ALIANZA SOLIDARIA EMPRESARIAL O.C. a responder por aportes a pensión y cesantías del 1° de junio de 2007 al 31 de agosto de 2009, CTA ALIANZA ESTRATEGICA EN SALUD sobre los mismos conceptos del 1° de setiembre de 2009 al 15 de octubre de 2009 y LA FUNDACIÓN PROFESIONALES DE LA SALUD ALTERNATIVOS frente a los mismos conceptos desde el 2 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011 y sobre los demás conceptos que no estuvieron afectados por el fenómeno prescriptivo.

SEXTO: ABSOLVER al señor PEDRO ANIBAL SÁNCHEZ de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

SÉPTIMO: ABSOLVER al CENTRO MÉDICO Y NATURISTA LOS OLIVOS LTDA hoy SAS de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

OCTAVO: COSTAS en ambas instancias a cargo de las demandadas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

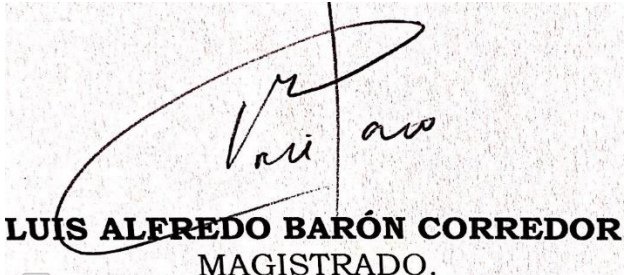


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de las demandadas en la suma de \$ 900.000. para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MIGUEL ANGEL FORERO VELÁSQUEZ
CONTRA COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Y COOPERATIVA DE
TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **MIGUEL ANGEL FORERO VELÁSQUEZ** se **declare** la nulidad del convenio de trabajo asociado suscrito con las demandadas por tratarse de un contrato realidad, se **declare** que existió un contrato a término indefinido, se **declare** que la relación laboral perduró entre 28 de abril de 2008 al 31 de marzo de 2014, como consecuencia de lo anterior, se **condene** COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS y solidariamente a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. a pagar los siguientes conceptos; cesantías, intereses a las cesantías, primas legales, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por no consignación a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, salarios dejados de cancelar, dotaciones, aportes a seguridad social en pensión, a la **condenas** ultra y extra petita; y al **pago** de costas procesales (fls. 3/4)

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.2/3) se señalaron en síntesis que se vinculó mediante convenio de trabajo asociado a término indefinido para prestar sus servicios personales con las empresas COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., el cual perduró del 28 de abril de 2008 al 31 de marzo de 2014, que el cargo desempeñado fue el de auxiliar de mantenimiento de la base Guayabetal – Cundinamarca, que debía cuidar día y noche la base de COMCEL, como salario percibía la suma de \$611.270, que fue despedido sin justa causa solicitando el pago de su liquidación la cual nunca se reconoció.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle los numerales 2 a 5, 7 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de responsabilidad solidaria, improcedencia de sanción moratoria, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, pago, compensación, buena fe y genérica (fls. 59/86).

La **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS** contestó a través de curador ad litem quien señaló en cuanto a los hechos que se atenía a lo que fuera demostrado y no propuso excepciones (fl.568).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de junio de 2018, **absolvió** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora (CD fl.182).

Como argumento de su decisión, señaló el *a quo* que habían sido aportadas a la demanda documentales que daban cuenta el vínculo del actor con la CTA LOS CERROS, estatutos, visitas realizadas por la Superintendencia de cooperativas, así como del Ministerio de Trabajo, hizo referencia al interrogatorio de parte rendido por el demandante en el cual se aceptaba que no había suscrito ningún contrato de trabajo con COMCEL, hizo referencia también a las declaraciones rendidas por los testigos.

Trajo a colación la normatividad que regula las CTA, sosteniendo que en visita de la Superintendencia de Economía Solidaria del año 2012, se había concluido que de las cláusulas Cooperativa se observaba autonomía e independencia y que de ninguna manera se observa vínculo laboral entre los asociados y la entidad demandante, que así mismo, se aportado documentos relacionados con la celebración y ejecución de los contratos de prestación de servicios suscritos entre COMCEL S.A. y la CTA LOS CERROS en el cual se había pactado como finalidad prestar de manera autogestionaria e independiente los servicios de mantenimiento no técnico preventivo y conservaciones de estaciones base a nivel Nacional.

Concluyendo, que teniendo en cuenta todas las pruebas allegadas daban cuenta cómo se había cumplido desde un principio la relación entre las partes, prestando el servicio el actor como asociado a la CTA LOS CERROS, teniendo presente que la señora FLOR MARÍA RAMÍREZ había declarado que ella también había trabajado para la CTA del 2005 a 2008, para cuidar la torre y cuando fueron retirados se había contratado al actor.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si efectivamente entre el señor MIGUEL ANGEL FORERO VELÁSQUEZ y la CTA LOS CERROS se suscribió un convenio de asociación y por lo tanto, si el vínculo estuvo regido bajo las normas que regulan el asunto o si por el contrario, se demuestra que la demandada COMCEL S.A. actuó como verdadero empleador siendo la CTA LOS CERROS una simple intermediaria, en caso afirmativo, se analizará si hay lugar a las pretensiones de la demanda y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Existencia de un contrato laboral

En el caso en estudio es de tener en cuenta que el Decreto 4588 de 2006, en su Artículo 17°, expresamente señaló la prohibición para las Cooperativas de Trabajo Asociado de actuar como empresa de intermediación laboral o como Empresa de Servicios Temporales para el envío de trabajadores que atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio.

Posteriormente, dicha prohibición fue reiterada por el Artículo 7 de la Ley 1233 de 2008, en el sentido que ninguna Cooperativa de Trabajo Asociado puede actuar como empresa de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión.

Así mismo, el Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, en un sentido general referido a la contratación de personal a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, ratificó tal prohibición cuando dispuso que los trabajadores no podrán ser vinculados a través de Cooperativas de Trabajo Asociado que realicen intermediación para el desarrollo de actividades misionales permanentes.

El Decreto Reglamentario 4588 de 2006 en su artículo 17 consagra expresamente lo siguiente: *“Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales.- **Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes. Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.”***

Ahora, sobre las relaciones entre una Cooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados pueden surgir diversas relaciones de índole contractual e incluso puede llegar a ser necesario aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre la forma jurídica que las partes hayan dado a la relación contractual, para lo que se debe tenerse en cuenta que las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo de personas para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, nacen de la libre y autónoma voluntad de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos.

Como en el caso de las Cooperativas los socios son los mismos trabajadores, éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar sus relaciones y tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa.

De acuerdo con los elementos establecidos en la Ley 79 de 1988, las cooperativas de trabajo asociado se caracterizan por ser asociados al mismo tiempo, los aportantes de capital y los gestores de la empresa; el régimen de trabajo, de previsión, de seguridad social y compensación está consagrado en los estatutos y reglamentos de la Cooperativa y las diferencias que surjan entre las partes se someterán al procedimiento arbitral o a la justicia laboral ordinaria.

Frente al tema de la contratación a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias proferidas dentro de los Radicados Nos. 25713 del 6 de diciembre de 2006, 32505 del 17 de febrero de 2009 y 35790 del 25 de mayo de 2010 y sentencia SL 6441 del 15 de abril de 2015, en relación a que la celebración de contratos con dichas cooperativas, no puede ser utilizado para ocultar la existencia de una relación de trabajo con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales que se causen.

De otro lado, la Corte Constitucional ha precisado *“Es posible afirmar que cuando se utiliza la cooperativa de trabajo asociado para ocultar una verdadera relación laboral, en la que el cooperado no desempeña sus funciones directamente en la cooperativa, sino que presta un servicio a un tercero, quien le da órdenes y le impone un horario de trabajo, es evidente la existencia de la subordinación propia de una relación laboral. Situación que contraviene los supuestos legales que las regulan.*

Esto significa que al presentarse una intermediación se convierte el vínculo cooperativo en una verdadera relación laboral entre el asociado cooperado y la cooperativa, al generarse el factor de subordinación en la realización de una labor en favor de otro. En consecuencia, es claro que nace un contrato realidad y, por tanto, la jurisdicción laboral es la competente para conocer de las controversias que se generan dentro de la relación horizontal (empleador-empleado). Asimismo, la jurisprudencia ha desarrollado algunos aspectos que permiten identificar cuándo la relación cooperativa muta en una laboral. Destacando, por ejemplo, (i) el condicionamiento del pago del aporte al cumplimiento de las condiciones señaladas, bien por la cooperativa o por un tercero; (ii) uso del poder coercitivo (disciplinario) sobre el asociado; (iii) la dependencia y subordinación del asociado en relación con el tercero al que deberá prestar sus servicios, así como las condiciones de trabajo. (T-173-2011).

Establece el artículo 24 del CST “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral. Es así, como en el presente asunto, obra plena operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral.

Como **pruebas documentales** se aportaron al proceso las siguientes:

- A folios 8 a 9 se encuentra el contrato de asociación suscrito entre el demandante y la CTA LOS CERROS el 25 de abril de 2008, en el cual se estipula que de manera libre y voluntaria fue suscrito el contrato para desempeñarse en el cargo de auxiliar de mantenimiento para COMCEL.
- A folio 10 obra *otro sí* al convenio de asociación en el cual se estipuló la modificación al contrato inicial en cuanto al número de estaciones base, incrementándose en 2, en los cuales el trabajador asociado se compromete a prestar sus servicios.
- A folio 11 obra terminación del contrato de prestación de servicios entre la CTA y COMCEL S.A.

- A folio 15 obra certificado expedido por la CTA LOS CERROS en la cual certifica que el actor estuvo vinculado con ellos a través de un convenio de asociación desde el 25 de abril de 2008 al 31 de marzo de 2014, como auxiliar de mantenimiento con una compensación mensual de \$308.000 y una compensación adicional de \$303.270, para un total devengado de \$611.270.
- -A folio 87 a 149 se encuentran los contratos de prestación de servicios celebrados entre COMCEL S.A. y la CTA LOS CERROS y sus correspondientes *otro sí*, donde se pactó como objeto contractual la prestación de servicios de mantenimiento preventivo y conservación de las estaciones base que a nivel nacional operara el contratante, propendiendo por su correcto funcionamiento, para garantizar el servicio de telefonía celular permanente.
- A folio 151 a 153 obra investigación de vigilancia y control por parte del Ministerio del Trabajo adelantada a las demandadas de fecha 16 de marzo de 2016, en la cual se ordena su archivo por no encontrar mérito alguno para iniciar proceso administrativo sancionatorio por infracción a las normas laborales o de seguridad social.
- A folios 186 a 191 se encuentran varias visitas realizadas por la Superintendencia Solidaria a la CTA LOS CERROS.
- A folios 203 a 255 las diferencias convocatorias y juntas de socios realizadas por la CTA LOS CERROS
- 283 a 460 se encuentran más de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las demandadas.

En **interrogatorio de parte declaró el demandante** quien aceptó que suscribió un convenio de asociación con la CTA LOS CERROS para ejercer la labor en el Municipio de Guayabetal – Cundinamarca, que no firmó ningún contrato con COMCEL y que el mantenimiento que se hacía a la torre que debía custodiar no era técnico.

Como **pruebas testimoniales** declaró RAMIRO RODRÍGUEZ, FLOR RODRÍGUEZ y FERNANDO FERNÁNDEZ, en cuanto al primer testigo no dijo mayor información en cuanto al vínculo que tuvo el actor con la CTA LOS CERROS, teniendo en cuenta que no tuvo contacto directo con ello, tan solo refiere lo que oía y veía respecto a la labor ejecutada por el promotor del proceso, aduciendo que la misma correspondía a la de custodiar una torre de comunicación de propiedad de COMCEL, que lo veía subir y bajar del sitio en donde se encontraba, no manifestando ningún indicio de subordinación con las demandadas.

FLOR RODRÍGUEZ relató que su esposo antes de la vinculación del actor con la CTA LOS CERROS también prestó el mismo servicio en los años 2005 a 2008 pero con otra CTA, que la función consistía en cuidar la torre de comunicación de propiedad de COMCEL S.A., también aduce que el actor debía asistir a capacitaciones de cooperativismo, debía estar pendiente las 24 horas de que no se apagará ni se quedará sin señal el sector, ayudar, colaborarles cuando la planta se quedará sin energía, se debía prender la planta, tocaba estar pendiente porque se iba la luz en cualquier momento y tocaba hacerle el mantenimiento, toca destapar el camino para llegar al sitio, limpiando la estación por fuera y dentro.

Por último, **FERNANDO FERNÁNDEZ** en calidad de empleado de COMCEL S.A. quien hace parte del área de interventoría del contrato suscrito entre COMCEL S.A. y la CTA LOS CERROS, manifestó que el supervisor de dicho contrato era el gerente de seguridad de COMCEL S.A., explicó en qué consistía el contrato de mantenimiento no técnico, señalando que el mismo correspondía a la conservación de las estaciones base de COMCEL a nivel nacional, realizando actividades que no tuvieran ningún tipo de experiencia, estudio o capacitación, que la función específica consistía en la prestación del servicio para que las estaciones base incluidas en el contrato se mantuvieran aseadas, libres de desperdicio y maleza, que la persona que prestara el servicio para la cooperativa hiciera un control del personal que previamente Comcel a través de la cooperativa, autorizaba para que ingresara a la estación base para realizar cualquier tipo de actividad, llámese técnica o preventiva como tal. Adicionalmente, indicó que debía hacer unas verificaciones visuales del funcionamiento de objetos al interior de la estación que no son fáciles de ubicar, como las fallas en las luminarias, por ejemplo, que pueda ver algún tipo de daño en el cerramiento de la estación base llámese puerta, cerradura, malla o los mismos nudos de cerramiento, que este tipo de situaciones la persona del servicio la informaba a la cooperativa, ellos trasladaban la información a las personas encargadas de Comcel de acuerdo al tema y Comcel desplazaba al personal requerido para hacer la solución de la novedad reportada.

Teniendo en cuenta las anteriores probanzas concluye la Sala que se dieron todos los presupuestos que conllevan a declarar la existencia de una relación laboral, por cuanto es evidente que el actor actuó bajo una actividad misional, prestando directamente su servicios en las instalaciones de COMCEL S.A., toda vez que en el lugar donde se encontraba la estación base de telefonía móvil era de su propiedad,

debiendo mantener en buen estado el lugar y advirtiendo cualquier anomalía, de manera que ello prueba que su actividad era esencial y permanente a favor de la empresa demandada, sin que sea dable establecerse que la actividad no se encontraba dentro del giro ordinaria de COMCEL S.A. por el solo hecho de indicarse que la función ejercida por el actor consistía en el de mantenimiento no técnico y por lo tanto, no se necesitaba ningún tipo de experiencia, estudio o capacitación, pues su actividad contribuía de manera directa con el objeto social de la beneficiaria de la obra ya que debía estar pendiente de la estación base, la cual le permite a COMCEL S.A. cumplir con su objeto social, esto es, la comunicación de los teléfonos móviles.

Tampoco puede aducirse que no se demostró el cumplimiento de un horario, pues claramente de la declaración rendida por la señora FLOR RODRÍGUEZ se logra apreciar que la función de cuidador como le es llamada la actividad desempeñada por el actor de manera coloquial en la vereda en la cual se prestó el servicio, debía estar pendiente las 24 horas, lo cual comprueba que el actor no actuaba de manera autónoma e independiente como lo pretende hacer ver COMCEL S.A., también es pertinente resaltar que la labor ejecutada por el actor era controlada por un supervisor designado por COMCEL S.A., quien se encargaba de verificar que efectivamente se estuviera ejerciendo la actividad de manera correcta, lo cual comprueba a un más los actos de subordinación por parte de la demandada.

Y es que debe tenerse en cuenta también que la CTA LOS CERROS no actuó tampoco de manera correcta frente a la contratación del demandante, pues si bien se suscribió un convenio de asociación con él, el mismo no cumple con las condiciones de este tipo de contratación, ya que se entiende que quien es vinculado a través de dicha modalidad se considera como asociado, de manera que no puede recibir órdenes y debe actuar de manera autónoma frente al servicio prestado, aspectos que claramente no se dan en el presente caso, pues es evidente que el actor debía cumplir órdenes por parte de la beneficiaria, así las mismas se hubieran dado de manera indirecta, adicional a ello la labor por la que fue contrato correspondió a la de auxiliar de mantenimiento, lo cual demuestra que no ejercía como tal la función de asociado, sino que en realidad ejercía una actividad netamente laboral, aunado al hecho que la demandada CTA LOS CERROS no se hizo parte dentro del proceso, lo que demuestra aún más su mal actuar frente a la forma en cómo se contrató al actor para ejercer la labor a favor de COMCEL S.A., haciendo creer que efectivamente el promotor del proceso había convenido de

manera libre y voluntaria un convenio de asociación, aportando las capacitaciones y juntas de socios a las que él asistía, lo cual únicamente dejan ver que el trabajador debía hacerlo cumpliendo así con una obligación dada por la demandada más no porque realmente hubiese actuado como asociado, en tal sentido, es evidente que la CTA omitió su obligación frente a las acreencias labores que le correspondían al actor, aunado al hecho que fue la misma CTA quien dio por terminada la relación laboral.

Ahora, que se le hubiera dado la oportunidad al actor de acceder a participar *“en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa”*, los cuales deben corresponderle a cada uno de los cooperados y que constituye un elemento esencial de esa modalidad específica de asociación. Tampoco, se evidencia que el asociado hubiera participado en actividades de organización y administración mediante el desempeño de cargos sociales, otro elemento que cobra relevancia para determinar si en efecto se trataba de un acuerdo cooperativo o de otro tipo de relación contractual.

De lo anterior, emerge con absoluta claridad que el demandante se afilió a la Cooperativa y ésta lo envió a trabajar a la estación base de propiedad de COMCEL S.A. incumpliendo con las normas que rigen éste tipo de Cooperativas, toda vez que como ya se hizo referencia al artículo 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006, la Cooperativa tenía prohibido llevar a cabo tales ejecuciones y tales conductas y en consecuencia desbordó las facultades que le concedía la ley para afiliar personas como cooperados, por ello se debe declarar la existencia de un contrato realidad, entendiéndose como verdadero empleador COMCEL S.A., pues fue a quien se le prestó el servicio y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS se entenderá como simple intermediario.

Extremos laborales y salario

En cuanto a los **extremos laborales** se tiene que el extremo inicial correspondió al **25 de abril de 2008**, pues así lo certificó la CTA LOS CERROS el 19 de julio de 2010 (fl.12) y cuanto al extremo final corresponde al **31 de marzo de 2014**, como se puede ver de la documental obrante a folio 11 del expediente, donde se encuentra la carta de terminación del contrato.

En relación a los **salarios**, del contrato suscrito el 25 de abril de 2008 se tiene que dentro del mismo se pactó la suma de \$ 461.500 (fl.9) por lo tanto, se tendrá en cuenta dicha suma, para el año 2009 se pactó la suma de \$598.450 el cual también debe tenerse en cuenta (fl.10), para los años restantes se tomará el SMLMV de cada año, toda vez que no obra constancia de lo realmente percibido y si bien se certificó a folios 12 y 15 unas sumas correspondientes a salarios de los años 2010 y 2014, las mismas son inferiores al SMLMV.

Acreencias laborales y prescripción

Previo a entrar a establecer las condenas respecto de las acreencias laboral legales y extralegales, es necesario estudiar la **excepción de prescripción** de manera que teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la S.S., el actor contaba con 3 años para demandar o para interrumpir el término prescriptivo, al no constarse con la reclamación que señala el promotor del proceso presentó ante las accionadas, se tendrá en cuenta para contabilizar el término prescriptivo la fecha de presentación de la demanda la cual acaeció el 18 de junio de 2015 (fl.29), por lo que las acreencias laborales como primas legales se encuentran prescritas con anterioridad al 18 de junio de 2012 y las vacaciones al 18 de junio de 2011.

Así las cosas, corresponde reconocerle al señor MIGUEL ANGEL FORERO, las siguientes sumas:

Primas: \$1.310.200

Vacaciones: \$865.567

Cesantías e intereses a las cesantías

En cuanto estas acreencias según el certificado emitido por POVENIR S.A. de fecha 1° de abril de 2014 (fl.16), y que fue aportado por la parte demandante se puede ver que estuvo afiliado a dicho fondo de cesantías por parte de la CTA LOS CERROS, de igual manera, se evidencia de la documental obrante de folio 13 que el actor solicitó el retiro de las mismas, sin embargo, no se puede ver de dichas documentales cuáles fueron los años que se cotizó y sobre qué valor, siendo carga probatoria de las demandas demostrar que efectivamente se cumplió en su totalidad con dicha obligación, más aún cuando fue requerida la CTA en varias oportunidades por parte del *a quo* para que se aportará la documentación pertinente y a pesar de

ello, hizo caso omiso, en tal medida se ordenará su condena. Advirtiéndose que en el caso de las cesantías no operó el fenómeno prescriptivo como quiera que el término comienza a contabilizarse a partir del momento en que se da por terminado el vínculo laboral (31 de marzo de 2014) y la demanda fue presentada antes de que se venciera dicho término, los intereses a las cesantías sí se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo, por lo cual corresponde pagar únicamente las causadas a partir del 18 de junio de 2012.

Cesantías: \$3.173.058,33

Intereses a las cesantías: \$143.364

SALARIOS DEJADOS DE CANCELAR

Como quiera que no obra dentro del expediente constancia de pagos totales o parciales frente a este emolumento se ordenará pagar la suma de **\$12.173.863** que corresponde a los salarios causados con posterioridad al 18 de junio de 2012 y hasta la fecha de finalización del contrato, teniendo en cuenta que también se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo.

DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.

Pensión – Como quiera que de conformidad con el art. 15 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el art. 3 de la Ley 797/2003) son afiliados en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y que el artículo 17 ibídem dispone la obligatoriedad de las cotizaciones al régimen del sistema general de pensiones, al encontrarse acreditado el vínculo laboral entre la demandante y los demandados, como fue indicado al inicio de esta decisión, era obligación de ésta la afiliación del ex trabajador al sistema general de seguridad social en pensiones.

A folio 14 obra comprobante de pagos en donde se pueden ver cotizaciones por este concepto por parte de la CTA LOS CERROS, pero únicamente en lo que respecta a los periodos de octubre a diciembre de 2010 y enero de 2011, por lo que se condenará COMCEL S.A. y solidariamente a la CTA LOS CERROS a realizar el consecuente pago de reserva actuarial que determine el fondo de pensiones donde se encuentre afiliado el señor MIGUEL ANGEL FORERO VELASQUEZ del periodo comprendido entre 28 de abril de 2008 al 31 de marzo de 2014, sin contar los periodos de octubre a diciembre de 2010 y enero de 2011, al encontrarse acreditado su aporte, teniendo

como salario base de liquidación los siguientes; para el año 2009 la suma de \$598.450 y para los años restantes el SMLMV de cada año.

Indemnización del art. 65 CST y art. 99 Ley 50 de 1990.

En lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas prestaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena fe que guiaron la conducta del empleador, tal y como lo ha indicado en sentencias SL 35414 – 2009, SL16572 de 2016 y SL-11436 de 2016, entre otras.

Así las cosas, para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 08 de abril de 2008 con radicado No. 29999, posición reiterada en sentencia del 24 de enero de 2012, expediente No. 37288.

Tanto la demandada COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., pretendieron utilizar la contratación de un convención de asociación a fin de ocultar la verdadera relación laboral que existió entre las partes, lo cual claramente no son actos de buena fe, razón por la cual habrán de ser condenados a las indemnizaciones pretendidas.

En cuanto a la **indemnización por no consignación de las cesantías** de que trata el art. 99 de la ley 50 de 1990, ha sido reiterada la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al indicar que la falta de consignación de una anualidad de cesantías origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación o a partir de la terminación del contrato, momento en que empieza a causarse la indemnización moratoria por no pagarse acreencias labores (SL 70892/2019), en tal medida se tiene que la sanción por no consignación a las cesantías corresponde a un día de salario por cada día de retardo, en caso de que se adeuden las cesantías de años consecutivos, la indemnización se liquida desde la insatisfacción de la primera consignación con la base salarial que debió tomarse para

calcular la cesantía dejada de consignar y cuando haya incumplimiento por segunda vez, el monto de la sanción seguirá causándose con base en el salario vigente en el año en que se causó la cesantía dejada de depositar y así sucesivamente.

Así mismo, dicha sanción también ésta sujeta al fenómeno de la prescripción, término que se empieza a contabilizar una vez el empleador tiene la obligación de consignarlas, es decir, antes del 15 de febrero de cada año. De tal manera, que se encuentra **prescrita la sanción por no consignación a las cesantías** teniendo en cuenta que el señor MIGUEL ANGEL FORERO VELASQUEZ tan solo las reclamó el 18 de junio de 2015, momento en que presentó la demanda, adeudándose la sanción únicamente respecto de los años 2012 y 2013 suma que corresponde a **\$12.567.740**. En cuanto al año 2014, se tiene que para el momento en que finalizó la relación laboral aún no había surgido la obligación para el empleador de consignarlas.

En lo que respecta a la **indemnización moratoria** al no haberse acreditado las razones de incumplimiento en el pago de las acreencias laborales por parte de la demandada, ni haberse justificado su comportamiento, le incumbe el reconocimiento de la indemnización solicitada en la suma de **\$20.533** pesos diarios a partir del 1° de abril de 2014 y hasta que se haga efectivo su pago, teniendo en cuenta que al haberse presentado la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, la misma corresponde a un día de salario por cada día de mora y hasta tanto las mismas sean canceladas, al tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 65 del CST y lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C - 781 de 2003.

Despido sin justa causa.

Frente al particular, ha de indicarse que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha referido sobre la carga demostrativa a la que se somete cada una de las partes en discusión sobre la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral y ha sostenido que la demostración del despido le corresponde al actor y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le corresponden a la demandada.

Así las cosas, la parte demandada no demostró las razones justificables por las

cuales decidió dar por terminada la relación laboral, por las razones aducidas en la carta de terminación del contrato de fecha 5 de marzo de 2014 (fl.11), no resultan ser una justa causa, en consecuencia, se condenará a la accionada al pago de la indemnización de que trata el art. 64 el CST., por lo que, una vez efectuadas las operaciones matemáticas del caso, se tiene que la misma asciende a la suma de **\$2.638.533** que corresponde a 5 años, 11 meses y 3 días laborados.

COMPENSACIÓN EN DINERO DE DOTACIONES

Solicita la parte demandante se condene al pago de dotaciones, frente a lo cual es pertinente traer a colación lo señalado por la CSJ Sala de Casación Laboral, en relación a este emolumento, en la cual ha dicho:

“De otra parte, es oportuno reiterar que en relación a esta prestación social ha sido criterio de la Corte que «El objetivo de esta dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas y es imperativo que lo haga so pena de perder el derecho a recibirla para el período siguiente. Se deriva por tanto que a la finalización del contrato carece de todo sentido el suministro pues se reitera que él se justifica en beneficio del trabajador activo, más en modo alguno de aquel que se halle cesante y que por obvias razones no puede utilizarlo en la labor contratada(...) No significa lo anterior que el patrono que haya negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación quede automáticamente redimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en materia contractual de que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y en favor de la afectada. En otros términos, el empleador incumplido deberá la pertinente indemnización de perjuicios, la cual como no se halla legalmente tarifada ha de establecerla el juez en cada caso y es claro que puede incluir el monto en dinero de la dotación, así como cualquier otro tipo de perjuicios que se llegare a demostrar» (Sentencia de 15 de abril de 1998, rad 10400 reiterada en la sentencia SL 2409/2019).

Así las cosas, no es procedente reclamar tal dotación luego de concluido el vínculo, sino eventualmente perjuicios por su no entrega, de lo cual como no se hizo ningún estimativo ni se reclamaron, por lo tanto, se absolverá sobre esa pretensión.

COSTAS:

COSTAS en ambas instancias a cargo de las demandadas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 5 de junio de 2018, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral entre el señor MIGUEL ANGEL FORERO VELÁSQUEZ y COMCEL S.A. entre el 28 de abril de 2008 al 31 de marzo de 2014, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR solidariamente la empresa demandada la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS frente a las obligaciones impartidas en esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, conforme a lo expuesto en la parte motivo de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LOS CERROS y a COMCEL S.A. a los siguientes pagos y conceptos:

Primas: \$1.310.200

Vacaciones: \$865.567

Cesantías: \$3.173058, 33

Intereses a las cesantías: \$143.364

salarios dejados de cancelar: la suma de \$12.173.863

Indemnización moratoria: a la suma de \$20.533 pesos diarios a partir del 1° de abril de 2014 y hasta que se haga efectivo su pago

Sanción por no consignación a las cesantías: la suma de \$13.874.400

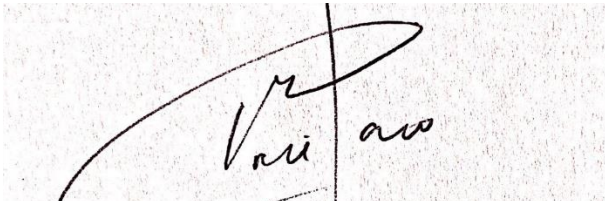
Indemnización por despido sin justa causa: la suma de \$2.638.533 que corresponde a 5 años, 11 meses y 3 días laborados.

QUINTO: CONDENAR a COMCEL S.A. y solidariamente a la CTA LOS CERROS a realizar el consecuente pago de reserva actuarial que determine el fondo de pensiones donde se encuentre afiliado el señor MIGUEL ANGEL FORERO VELASQUEZ del periodo comprendido entre 28 de abril de 2008 al 31 de marzo de 2014, sin contar los periodos de octubre a diciembre de 2010 y enero de 2011, al encontrarse acreditado su aporte, teniendo como salario base de liquidación los siguientes; para el año 2009 la suma de \$598.450 y para los años restantes el SMLMV de cada año.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: COSTAS en ambas instancias a cargo de las demandadas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

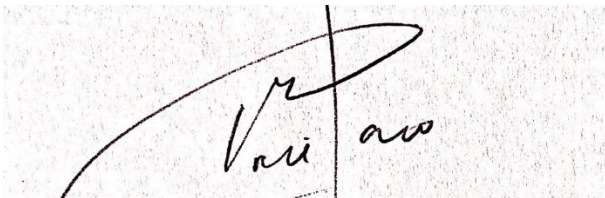


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva voto

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de las demandadas en la suma de \$ 900.000. para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PLACIDO GUEVARA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **PLACIDO GUEVARA** solicita se **declare** que es beneficiario del régimen de transición, se **condene** a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 18 de mayo de 2012, se **condene** al pago de mesadas adicionales, se **condene** al pago de intereses moratorios y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fl.4).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 3/4 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que nació el 18 de mayo de 1952, que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES, que para el 1° de abril de 1994 contaba con 40 años de edad, que hizo aportes a COLPENSIONES por 1,206.57 semanas con empleadores netamente privados, que hizo el último aporte el 31 de diciembre de 2009, que fue empleado público del Distrito Capital, que cumplió los 60 años de edad el 18 de mayo de 2012, que mediante resolución No. 000714 de 1992 la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOGOTÁ le reconoció la pensión de invalidez a partir del 18 de noviembre de 1991, que mediante resoluciones GNR 103429 del 2014 y VPB 9846 de 2015 COLPENSIONES le negó la indemnización sustitutiva de vejez y el 10 de mayo de 2016 mediante resolución GNR 137652 le fue negada la pensión de vejez bajo el

argumento de que la pensión solicitada es incompatible con la pensión de invalidez por ser ambas prestaciones de carácter público.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no ser cierto el numeral 6 y en cuanto a los demás manifestó ser ciertos, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios e innominada o genérica (fls.24/32).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 19 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de junio de 2018, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 12 de mayo de 2013, junto con los incrementos y mesadas adicionales, **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción, **condenó** en costas a COLPENSIONES y la **absolvió** de las demás pretensiones.

Como argumento de su decisión, indicó la *a quo* que el demandante había nacido el 18 de mayo de 1952, por lo que había acreditado 60 años de edad el mismo día y mes de 2012, que se le había reconocido la pensión de invalidez a través de resolución 714 del 16 de septiembre de 1992, que la calidad de beneficiario del régimen de transición se encontraba acreditado por tener más de 40 años en la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que así mismo, había acreditado 975,61 semanas de cotización a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y contaba con un total de 1,206.57 semanas, cumpliendo así con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990.

Posteriormente, trajo alusión las sentencias con radicados 7109 del 27 de septiembre de 1995 y 24062 del 18 de febrero de 2005, en la cuales se refirió a compatibilidad pensional, indicando que cuando se tiene una pensión extra legal otorgada por un empleador oficial es incompatible con otra prestación que provenga del tesoro público, pero tratándose de las pensiones que administra el ISS no es factible asumir que se trata del tesoro público, pues los dineros que maneja el ISS no son propios del Estado, si no que dicha entidad es una mera administradora, así el pago simultaneo de una pensión convencional o de vejez no constituye prohibición consagrada en el artículo 128 de la Constitución.

Teniendo en cuanto lo anterior, la Juez concluyó que la pensión de vejez solicitada podía coexistir con la pensión de invalidez reconocida por el Distrito por cuanto tienen fuentes diferentes y su financiamiento es diferente, concediendo de tal manera la prestación solicitada.

En cuanto al IBL sostuvo que la mayoría de las cotizaciones realizadas por el demandante habían sido sobre el SMLMV, por lo que procedió a reconocer la prestación con base en dicho monto, pues al realizarse los cálculos arrojaba una mesada inferior, absolvió en cuanto a los intereses moratorios señalando que el reconocimiento pensional se había dado en virtud de un nuevo criterio jurisprudencial y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que el derecho se había hecho exigible el 18 de mayo de 2012 y la reclamación se había presentado el 11 de marzo de 2016, transcurriendo así más de 3 años.

RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante

La parte actora interpuso recurso en cuanto la absolución de los intereses moratorios, indicando la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral en la cual se tenía como criterio la existencia de la compartibilidad pensional correspondía al año 1995, aspecto sobre la cual debía tener conocimiento la demandada, en tal sentido le son procedentes los intereses solicitados.

Parte demandada

Plasmó su inconformidad señalando que el actor tenía reconocida la pensión de invalidez la cual había sido concedida mediante resolución 714 del 16 de septiembre de 1992, de manera que, a pesar de que el demandante gozara del régimen de transición, debía decirse que la pensión de invalidez ya reconocida con la pensión de vejez solicitada iba en contravía de la dispuesto en el artículo 128 de la Carta Magna, donde se indica que ninguna persona puede desempeñarse simultáneamente en 2 empleos públicos, ni recibir más de 2 asignaciones que provengan del tesoro público, que así mismo, el artículo 4° de la ley 4° de 1992, prohibía una doble asignación del tesoro público, por lo tanto, no era posible concederle la pensión, a su vez el artículo 6° del Decreto 1730 de 2001, hablaba de la incompatibilidad pensional. Menciona que dentro de la resolución de la pensión de invalidez reconocida señala que es incompatible con otra pensión que provenga del tesoro público. Adicionalmente, debía ser tomada la prescripción de manera total.

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

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si la pensión de invalidez que ostenta el demandante es compatible con la pensión de vejez solicita. En caso positivo, si es beneficiario del régimen de transición y por lo tanto, si debe reconocerse la pensión de vejez bajo lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, si hay lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios y si operó o no la excepción de prescripción; y si esta debe declararse de manera total.

Compatibilidad entre la pensión de invalidez reconocida por el Distrito con la pensión de vejez de carácter particular

Se encuentra a folio 14 del expediente copia de la resolución 714 del 16 de septiembre de 1992, con la cual se le reconoció al actor por parte de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE BOGOTÁ D.C. la pensión de invalidez a partir del 19 de noviembre de 1991, solicitando en esta oportunidad el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES por haber realizados aporte exclusivamente a dicha entidad, todos de carácter privado desde el 22 de octubre de 1971 al 31 de diciembre de 2009 (fl.33), frente a lo cual sostiene la parte demandada que ambas prestaciones son incompatibles, primero; por cuanto no pueden recibirse 2 asignaciones que provengan del tesoro público y segundo; por cuanto ambas prestaciones son incompatibles de conformidad con el artículo 6° del Decreto 1730 de 2001.

Para definir la compatibilidad o incompatibilidad de dos pensiones ha señalado la CSJ Sala de Casación Laboral los siguientes: *(i)* el origen de la contingencia o riesgo que amparan –criterio principal-, ello siempre que no exista una normativa especial que prohíba la compatibilidad; *(ii)* la existencia de una reglamentación propia, y *(iii)* la autonomía de la fuente de su financiación. (*SL18072-2016, SL1764-2018 y SL1244-2019, entre otras*).

Es claro que los orígenes de ambas prestaciones son distintas y el reconocimiento se encuentra en cabeza de distintas entidades, pues en lo que tiene que ver con la pensión de invalidez es exclusiva del sector oficial, mientras que la pensión de vejez proviene de COLPENSIONES, si bien el artículo 6° del Decreto 1730 de 2001, establece que ambas prestaciones son incompatibles, ello deviene cuando se trata de una

misma entidad reconocedora, aspecto que no es el aquí estudiado, pues claramente la pensión que ostenta el actor con la solicita provienen de entidades diferentes.

Ahora, en lo que tiene que ver de que ambas provienen del tesoro público ha considerado la alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral desde tiempo atrás que los dineros con que el ISS, hoy Colpensiones, reconoce las prestaciones, no pueden ser considerados como provenientes del tesoro público, toda vez que corresponden a las cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, producto de su labor (SL9730-2014, SL5118-2019 mencionadas en la sentencia SL 1550 de 2020), la cuales señalaron:

“Por otra parte, es pertinente destacar que la Corporación de manera reiterada y pacífica ha establecido que, por tesoro público, se concibe el proveniente de La Nación, de las entidades territoriales y las descentralizadas y, por tanto, se pagan con tales recursos, las pensiones de jubilación a cargo de una entidad descentralizada, como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta en las que predomine el capital estatal. Así, una pensión de jubilación otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del erario.

Igualmente, también ha adoctrinado que el Estado no aporta recursos para la financiación del fondo de pensiones administrado por el ISS hoy Colpensiones y, por ello, las prestaciones que tal entidad otorga no tienen el carácter de asignación proveniente del erario (CSJ SL14413-2014, CSJ SL16083-2015 y CSJ SL2170-2019)”.

Por tales motivos, no existe duda en cuanto a que el actor puede percibir simultáneamente ambas prestaciones, pues la pensión de vejez solicitada no proviene del tesoro público, ni del desempeño de algún cargo público, como tampoco existe una normativa especial que prohíba la compatibilidad de ambas pensiones, si las mismas provienen de distintas fuentes, como lo es en este caso, en tal sentido la *a quo* no incurrió en error frente al punto estudiado.

Régimen de transición

Conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres debía contar para el 1º de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

Reuniendo los requisitos señalados tendrá derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1º de abril de 1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990

reglamentado por el Dto. 758 del mismo año, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones.

Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 9 del expediente, se tiene que el actor nació el **18 de mayo de 1952**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 41 años de edad cumplidos, reuniendo así los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que éste no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen hasta diciembre de 2014.

Al constatar si el demandante cuenta con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 esto es, al 29 de julio de 2005, se tiene que según la documental de folio 33, registra un total de **1,001.45** semanas de cotización a esa data, superando así las 750 semanas requeridas, lo que hace que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de vejez – Acuerdo 049 de 1990

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para acceder a la pensión de vejez en el caso de los hombres debe acreditar 60 años de edad y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1,000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Al respeto, se tiene que el actor cumplió los 60 años de edad el **18 de mayo de 2012**, al verificarse las semanas cotizadas durante los **20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, esto es, del 18 de mayo de 1992 al 18 de mayo de 2012, se tiene que acreditó **587,14 semanas** de cotización y en **toda la vida laboral** reunió un total de **1,206.57** semanas de cotización, de manera que reunió tanto las 500 semanas como con las 1,000 semanas requeridas para acceder a la pensión, causando así el derecho el 18 de mayo de 2012, momento en que cumplió los 60 años de edad.

Disfrute de la pensión y monto

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión y solo en casos excepcionales la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, reconocerla con anterioridad cuando el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

Al verificarse, el reporte de semanas se tiene que la última cotización realizada al sistema correspondió al 31 de diciembre de 2009, momento para el cual aún no había cumplido el requisito de la edad, por lo que el derecho pensional debe ser reconocido a partir del **18 de mayo de 2012**.

En cuanto el monto de la mesada, se tiene que la mayor parte de los aportes efectuados al sistema se hicieron con base en el SMLMV de cada año laborado, por consiguiente, al efectuarse las operaciones aritméticas por parte de esta instancia en efecto arroja una suma inferior al salario mínimo, por tales motivos, la mesada reconocida se encuentra ajustada a derecho, la cual deberá otorgarse en 13 mesadas al año, de acuerdo a lo dicho en el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005.

Intereses moratorios (ponencia compartida)

En lo que respecta a los intereses moratorios, le asiste razón al recurrente en que los mismos son procedentes, pues si bien la Juez sostuvo que no había lugar a los mismos por cuanto se trataba del cambio de un criterio jurisprudencial, debe decirse que tal excepcionalidad no se da en el presente asunto, pues para que ello fuera posible, el cambio jurisprudencial debió darse con posterioridad a la reclamación, situación que no fue así, pues el criterio de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral respecto a la compatibilidad pensional que se hizo referencia en la presente decisión viene desde tiempo atrás al 11 de marzo de 2016, que fue la fecha en la se solicitó la pensión de vejez.

Así mismo, se ha dicho por la Alta Corporación que los intereses aludidos también proceden para las pensiones otorgadas bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, como así lo ha indicado entre otras en sentencia SL – 2834 de 2018 radicado 63344 sala de Descongestión N° 1 y en sentencia más reciente SL 1681 del 3 de junio de 2020.

Por lo tanto, no debe olvidarse, que el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la ley 700 de 2001, establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes. **No obstante, para la mayoría de los integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.**

En ese orden de ideas, se tiene que el derecho pensional se reclamó el 11 de marzo de 2016 (fl.16), por lo que la entidad tenía hasta el 11 de julio de 2016, para resolver favorablemente la solicitud aspecto que no hizo, lo cual da lugar a la imposición de los intereses **a partir del 12 de julio de 2016**, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, y hasta que se haga efectivo su pago.

En lo que respecta a la indexación, teniendo en cuenta que fueron reconocidos el pago de intereses moratorios, se torna improcedente el pago a la indexación, al tener ambos conceptos efectos resarcitorios de la suma insoluta, tal como lo ha establecido la CSJ SL como en la sentencia SL 1039 del 27 de marzo de 2019.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que en efecto la misma alcanzó a operar por cuanto el derecho se hizo exigible el 18 de mayo de 2012, se reclamó administrativamente el 11 de marzo de 2016 y la demanda se instauró el 24 de mayo de 2016 (fl.1), superándose así los 3 años establecidos en el artículo 151 del CPTSS, de suerte que, las mesadas causadas con anterioridad al 11 de marzo de 2013 se encuentran prescritas, no siendo dable declarar una prescripción total como lo pretende la parte demandada, pues ha sido reiterada la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral que las mesadas causadas con prescriptibles, más no así el derecho pensional.

Así las cosas, se **confirmará parcialmente** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en esa instancia a cargo de COLPENSIONES, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

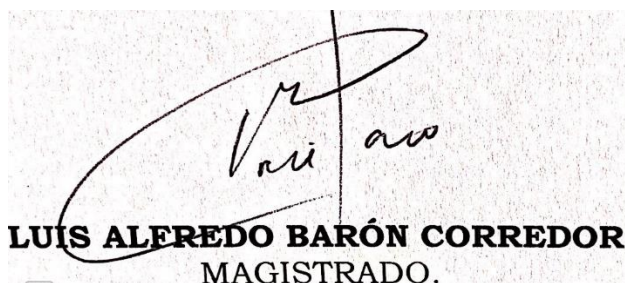
R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 20 de junio de 2018, para su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del 12 de julio de 2016, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, y hasta que se haga efectivo su pago y **ABSOLVER** en lo que respecta a la condena por indexación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

TERCERO: COSTAS en esa instancia a cargo de COLPENSIONES, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

(Salvamento de voto parcial en la forma de contabilizar los intereses moratorios)



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES en la suma de \$ 900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLARA INÉS RAMOS PEÑUELA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita la señora **CLARA INÉS RAMOS PEÑUELA** se declare que cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se ordene a COLPENSIONES a expedir acto administrativo de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, se condene a COLPENSIONES a incluirla en nómina de pensionados, se condene al pago de intereses moratorio, se condene al pago de costas procesales y agencias en derecho y se condene ultra y extra petita (fls.2).

Los hechos fundamento de las pretensiones obran a folios 2/3, en los que en síntesis se señaló que nació el 17 de noviembre de 1959, que inició su vida laboral el 13 de febrero de 1981, que se vinculó a la secretaría de educación del Magisterio el 8 de febrero de 1993, ejerciendo el cargo de docente XIV, que la misma fecha simultáneamente se encontraba vinculada con una entidad privada quien le realizaba aportes a COLPENSIONES, que el Fondo Nacional del Magisterio le reconoció pensión de invalidez mediante resolución 1007 del 22 de marzo de 2012, que el 17 de noviembre de 2016 cumplió los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, esto es, 57 años de edad y un total de 1,449 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, que COLPENSIONES mediante resolución de fecha 26 de junio de 2015 le negó el reconocimiento pensional por tener reconocida pensión de invalidez.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 3 a 5, 7 y 8, no contarle el numeral 2 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas y solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones (fls. 40/46).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el 27 de junio de 2018, declaró no probadas las excepciones de mérito denominadas prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por COLPENSIONES, declaró que la demandante tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague a su favor la pensión de vejez contemplada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a partir del 17 de noviembre de 2016, en cuantía de \$3.073.522, a cual deberá ser incrementada anualmente, condenó a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la suma de \$66.730.031 por concepto de retroactivo por el periodo comprendido entre el 17 noviembre de 2016 al 31 de mayo de 2018, condenó a la demandada a pagarle intereses moratorios a partir del 17 noviembre de 2016, los cuales deben calcularse mes a mes sobre el valor de cada una de las mesadas pensionales desde la fecha de causación hasta que se verifique su pago y condenó en costas a la parte demandada (CD fl.71).

Como **argumento de su decisión**, estableció la juzgadora que no existía discusión en cuanto a que el Fondo Nacional del Magisterio le había reconocido a la demandante una pensión de invalidez por pérdida de su capacidad laboral en un 96% mediante resolución 1007 de marzo de 2012, así como tampoco existía discusión en cuanto a que la actora había laborado para diferentes empleados quienes le realizados aportes al ISS hoy COLPENSIONES.

Posteriormente, la sentenciadora trajo alusión una sentencia proferida por la Sección Segunda -Subsección B del Consejo de Estado del 19 de febrero de 2015 y sentencia con radicado 35761 de septiembre de 2010 proferida por la CSJ Sala de Casación Laboral, concluyendo que conforme a dichas sentencias la pensión de jubilación y de

vejez eran compatibles en los casos en que se tienen orígenes y fuentes diferentes, una pensión originada en servicios prestados al sector oficial es compatible con otra pensión que tenga origen distinto o que provengan de cotizaciones de un empleador por afiliaciones particulares, que en el presente caso aparecía que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la demandante contaba con 2 afiliaciones laborales de naturaleza distinta, que al momento de la solicitud pensional la demandante contaba con 1,449 semanas y por haberlas realizado a través de empleadores privados era acreedora del derecho pretendido por contar con 57 años de edad y más de 1,300 semanas de cotización, reconocimiento que se otorgó a partir del cumplimiento de la edad, la cual se acreditó el 17 de noviembre de 2016 y con una tasa de remplazo del 66.31%, calculándose el IBL con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años por serle más favorable.

En cuanto a la solicitud de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, determinó que los mismos debían contabilizarse a partir del 17 de noviembre de 2016, teniendo en cuenta que para el momento de la solicitud pensional, aún no acreditaba el requisito de la edad y en cuanto a la excepción de prescripción la tuvo por no probada, por cuanto desde el momento en que causó el derecho a la prestación de la demanda no superó los 3 años que contempla la norma laboral frente a esta excepción.

CONSULTA

La parte demandada no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la pensión de invalidez reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es compatible con la pensión de vejez que se reclama. En caso afirmativo, se determinará si la demandante acreditó los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de vejez consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, si hay lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Compatibilidad pensión invalidez reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES

A folio 15 a 17 se encuentra copia de la resolución 1007 del 22 de marzo de 2012, con la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció a favor de la actora la pensión de invalidez por haber acreditado una pérdida de capacidad laboral del 96% reconocimiento que se efectuó a partir del 31 de agosto de 2011. Así mismo, se evidencia de las documentales obrantes a folios 34 a 38 historia laboral de la actora, en la cual se acredita que realizó cotizaciones a COLPENSIONES con aportes privados desde el 13 de febrero de 1981 al 31 de diciembre de 2011 para un total de 1,449.71 semanas de cotización.

Frente a la compatibilidad de la pensión de vejez solicitada y la pensión otorgada por parte del Magisterio, se tiene que de conformidad con el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, se consagraba la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que adicionalmente reciban remuneración del sector privado tengan derecho a que la totalidad de los aportes y los descuentos a pensiones se administren en el mencionado fondo o en cualquiera de los regímenes de prima media o de ahorro individual, de igual manera, al tener la demandante la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, le era válido prestar sus servicios en establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en COLPENSIONES, de suerte que, la señora CLARA INÉS no tenía ningún limitante para haber ejercido su profesión como docente ante una entidad privada, por ello nació la obligación por parte de su empleador de realizar los aportes respectivos ante la entidad de seguridad social escogida por ella y en consecuencia ser beneficiaria de los otorgamientos pensionales al cumplir los requisitos exigidos por Ley.

Como tampoco sería aceptable señalar que por recibir estos dos emolumentos, los mismos provengan del erario público, pues sobre el particular la alta Corporación de la Jurisdicción Laboral en las sentencias con radicados 40848 del 6 de diciembre de 2011 y 41001 del día 17 de julio de 2013, estableció que los dineros con los cuales COLPENSIONES paga las prestaciones que concede no tienen origen en fondos de

naturaleza pública, dado que son realizados por trabajadores y empleadores, estableciendo textualmente lo siguiente:

“- El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política.

“- En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.

“En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública”.

Por lo anterior, se concluye que no existe incompatibilidad alguna entre la pensión de invalidez reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la pensión que aquí se reclama.

Pensión de vejez

Establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, que para tener derecho a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014, se requiere en el caso de las mujeres contar con 57 años de edad y 1,300 semanas de cotización, de la cédula de ciudadanía de la actora se desprende que nació el 17 de noviembre de 1959 (fl.14), por lo que a la fecha cuenta con 61 años de edad, cumpliendo así con el primero de los requisitos señalados. En cuanto a las semanas, se tiene que del reporte de semanas cotizadas en su historia laboral tiene un total de **1,449,71 semanas** de cotización (fls.34/37) lo cual la hace acreedora a la pensión solicitada.

Disfrute y monto de la pensión

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión, verificada la historia laboral de la demandante se tiene que el

último aporte realizado corresponde al 31 de diciembre de 2011. No obstante, el cumplimiento del requisito de la edad se dio el **17 de noviembre de 2016**, por lo que a partir de dicha data dejó causado el derecho pensional.

En cuanto a la **mesada pensional** se procedió a realizarse los cálculos aritméticos teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, con lo cotizado durante toda la vida laboral y los últimos 10 años, para el porcentaje de la tasa de remplazo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, es decir, teniendo en cuenta la formula decreciente que contiene dicha norma, de manera que, teniendo en cuenta el IBL con toda la vida laboral de \$2.943.524,30 y al aplicarse una tasa de remplazo del 66,37% se obtiene como primera mesada pensional la suma de \$1.953.479,38 y con el IBL de los 10 últimos años de \$4.565.044,74 al tomarse la tasa de remplazo del 65,19% da como resultado de la primera mesada pensional la suma de **\$2.975.924,22** la cual en efecto es más beneficiosa para la actora, por lo que se ordenará modificar el valor calculado en primera instancia, pues resultó un mayor valor, teniendo en cuenta que la presente decisión se está estudiando en grado jurisdiccional consulta a favor de COLPENSIONES (*se adjunta liquidación efectuada con apoyo del grupo liquidador*), razón por la cual también habrá de modificarse el valor del retroactivo, el cual al 30 septiembre de 2020 asciende a la suma de **\$166.351.171,92**, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando a la fecha de inclusión en nómina.

Intereses moratorios (ponencia compartida)

Solicita la parte actora el reconocimiento de intereses moratorios por la mora en el pago de su mesada pensional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que en principio deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tiene carácter resarcitorio y no sancionatorio (SL, 23 sept. 2002, rad. 18512 y SL 5025 del 21 de noviembre de 2018).

Conforme a lo expuesto, no cabe duda que le asiste el derecho a la actora al reconocimiento de los intereses solicitados, pues para el momento en que reclamó la pensión ya tenía acreditados los requisitos para acceder al derecho pensional, pero no con la solicitud prestada el 16 de enero de 2015 (fl.20), ni a partir del cumplimiento de la edad el 17 de noviembre de 2016, como lo sostuvo la *a quo*, pues si bien para la fecha de la primera reclamación aún no había cumplido la edad por lo que no había nacido la obligación a cargo de COLPENSIONES, si sucedió con la segunda solicitud la cual se presentó el 22 de noviembre de 2016, como se evidencia del contenido del acto administrativo GNR 385550 del 20 de diciembre de 2016 (fl.23), la cual pasó imprevista por parte de la sentenciadora de primer grado, momento para el cual ya acreditaba con todos los requisitos para la prestación de vejez, por lo que es partir de dicha fecha que se deberán contabilizar los respectivos intereses.

Para lo cual debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la ley 700 de 2001, los cuales establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes. **No obstante, para la mayoría de los integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.**

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la solicitud se presentó el 22 de noviembre de 2016, la entidad tenía 4 meses para resolverla de manera positiva aspecto que no hizo, lo cual da lugar a la imposición de los intereses aludidos **a partir del 23 de marzo de 2017**, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas; y hasta que se haga efectivo su pago.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que tal fenómeno no alcanzó a prosperar, como quiera que el derecho se hizo exigible el 17 de noviembre de 2016, reclamó el 22 de noviembre de 2016 solicitud que se resolvió en resolución GNR 385550 del 20 de diciembre de 2016 y la demanda se instauró el 25 de mayo de 2017 (fl.25), sin que durante dicho interregno superara los 3 años de que trata el artículo 151 del CPTSS.

Así las cosas, se **modificará** parcialmente la decisión de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia consultada proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 27 de junio de 2018, en cuanto al valor de la mesada pensional para el 17 de noviembre de 2016, la cual corresponde a la suma de \$2.975.924,22 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

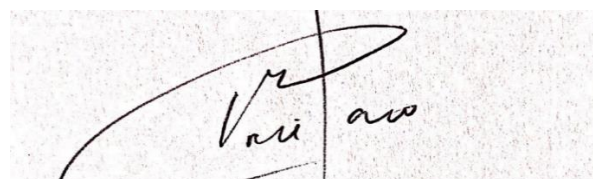
SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que el valor del retroactivo de las mesadas pensionales adeudadas desde el 17 de noviembre de 2016 al 30 de septiembre de 2020, asciende a la suma de \$166.351.171,92 sin perjuicio a las que se sigan causando a la fecha de inclusión en nómina.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia en el sentido **CONDENAR** a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del del 23 de marzo de 2017, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas; y hasta que se haga efectivo su pago, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

(Salvamento de voto parcial en la forma de contabilizar los intereses moratorios)



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL INSTAURADO POR LUIS MARÍA ORTEGA VARGAS contra D-PORTE S.A.S.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **LUIS MARÍA ORTEGA VARGAS** se **declare** que existió un contrato de trabajo entre las partes del 27 de octubre de 1998 al 27 de julio de 2015, que el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada al momento del despido y su contrato fue finalizado sin la autorización del Ministerio de Trabajo; que la encartada le vulneró el derecho al debido proceso al no realizar el procedimiento para imponerle las sanciones y en consecuencia se **condene** a la encartada a reintegrarlo sin solución de continuidad a un cargo de igual o superior jerarquía, a **reconocerle** y pagarle los valores correspondientes a los salarios, auxilio de cesantías, intereses de cesantía y vacaciones dejados de percibir desde el 27 de julio de 2015; a **entregarle** la respectiva dotación, las horas extras, la indemnización de 180 días prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1995, la indexación de las sumas adeudadas, los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita, junto con las costas procesales; **subsidiariamente** se condene a la indemnización por despido injusto, la indexación de las sumas adeudadas y los intereses moratorios (fls 3-7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls 3-5) del expediente, en los que en síntesis indica que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término indefinido el 26 de octubre de 1998, en virtud del cual el actor laboró para la encartada hasta el 27 de julio de 2015, desempeñando el cargo de Jefe de Seguridad con una remuneración de \$306.000 y cumpliendo un horario de 8:00 a.m a 1:00 p.m y de 1:00 p.m a 8:00 p.m, además de jornadas adicionales por solicitud de la demandada; que por consecuencia de su edad comenzó a sufrir de graves problemas de salud como cáncer de próstata, artrosis degenerativa, parkinson, cardiopatía hipertrófica con FEVI y anea del sueño; en el año 2010 le cambiaron las funciones inherentes al contrato y le asignaron funciones que no eran propias de su cargo como mensajero, tales como, archivo, organización de papeles, impresión de documentos, levantamiento de cajas, legajar carpetas, entre otras; que en el desarrollo de sus funciones sufrió varios accidentes de trabajo; nunca tuvo llamados de atención; que para el 30 de enero de 2015 devengó la su a de \$825.000; el día 5 de enero de 2015 solicitó a la empresa trabajar medio tiempo accediéndose a su solicitud y en comunicación del 19 enero de 2015 y por medio de un *Otro Sí* se modificó el contrato de trabajo a partir del 1° de febrero de 2015 laborando solo medio tiempo en un horario de 9:00 a.m a 1:45 p.m con un salario de \$450.000; que el día viernes 24 de julio de 2015 en horas de la tarde fuera de su horario de trabajo a raíz de un acoso laboral que venía siendo víctima por parte de su jefe ANDRÉS GALINDO DÍAZ se produjo una discusión en la que lo amenazaron con despedirlo sí no hacía unas funciones fuera de las que le habían sido asignadas; que el 27 de julio de 2015 el señor ANDRÉS GALINDO DÍAZ le comunica mediante oficio que debido a lo sucedido el 24 de julio de 2017, se da por terminado su contrato de trabajo con justa causa, cancelándole a título de liquidación la suma de \$1.693.818. finalmente, refiere que se encuentra pensionado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La demandada, **D- PORTE SAS** contestó oponiéndose a las pretensiones y en cuento a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 4, 7, 9, 13 a 17, 19, 22 a 25, y 27 a 28, no constarle el numeral 8 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia de la obligación, temeridad de la acción, carencia del derecho, buena fe, pronunciamiento de la parte administrativa del Ministerio de trabajo (Cosa Juzgada) y la genérica.(Fls 156-168)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 6° Laboral del circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de febrero de 2020, **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la parte demandante (fl.CD 196).

Fundamentó su decisión, señalando que de conformidad con la jurisprudencia de al CSJ Sala de Casación Laboral SL 103 de 2018 de fecha 14 de noviembre la aplicación de la Ley 361 de 199, se encontraba diseñada para garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, entendiéndose que las personas se consideran discapacitadas cuando tienen un grado de minusvalía o invalidez superior a la moderada, de suerte que, la sola circunstancia de que el trabajador sufra alguna enfermedad que lo haya incapacitado temporalmente para laborar no lo hace merecedor a la garantía de estabilidad reforzada.

Sostiene que históricamente las discapacidades leves que podrían padecer un buen número de la población, no son las que han sido objeto de discriminación, por esta razón el legislador previó los niveles de limitación moderada, severa y profunda art. 5° reglamentado por el art, 7 del Decreto 2466 de 2001 a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión en principio a quienes clasifiquen en dichos niveles, pues de lo contrario desaparecería la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente.

Conforme a lo anteriormente dicho, consideró que la pretensión de la demanda no estaba llamada a prosperar, pues la parte actora no había probado que al momento de la terminación del contrato hubiera presentado un estado de discapacidad en el grado severo o profundo conocida por el empleador al momento de la terminación del contrato de trabajo, lo cual permitiera predicar que la desvinculación del accionante se produjo por razón de su condición de discapacidad física, que si bien en el juicio se había demostrado que el demandante tenía una afectación en su salud por las enfermedades de párkinson, cáncer próstata, cardiopatía hipertrófica, lo cierto era que esa sola circunstancia no lo hacía merecedor de la protección especial del art. 26 de la ley 361 de 1997, pues para ello era necesario que se

hubiere demostrado que padecía de una discapacidad en el grado severo o profundo al momento de la terminación del contrato de trabajo y conocida por su empleador.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, señaló que se había probado con la confesión del demandante en su escrito de demanda (hecho 16), que para el día 24 de julio de 2015, observó un acto constitutivo de grave indisciplina y respeto al dirigirse al superior inmediato el señor ANDRÉS GALINDO DÍAZ, pues ante la negativa de realizar una labor discutió con él y por la advertencia de una consecuencia adversa le contestó que *“hiciera lo que se le diera la gana”*, situación que generó la terminación del contrato por parte del empleador como se corroboraba con la documental aportada al expediente, aspectos que se constituían en una justa causa, para fenecer el contrato de trabajo por grave violación de los deberes del trabajador de conformidad con lo previsto en el Decreto 2351 de 1965, que así mismo, se observaba llamados de atención los días 3 de octubre de 2012, abril 8 de 2015, mayo 6 de 2015 y julio 19 de 2015, por actos de indisciplina e irrespeto.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al momento de la culminación del contrato de trabajo a término indefinido que unía a las partes, el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada y en caso afirmativo, establecer si hay lugar a reintegrarlo al mismo cargo que ocupaba a la finalización del vínculo u otro de igual o superior categoría, junto al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de pagar desde el momento del despido y hasta que se produzca el reintegro, además de la indemnización de que trata el inciso 3° del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, junto a intereses moratorios e indexación y si operó o no el fenómeno prescriptivo. De manera subsidiaria, se

analizará si existió o no justa causa para dar por terminado el contrato y si debe ser indemnizado por ello.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes lo cual fue aceptado por la demandada y se encuentra corroborado con la documental que milita a folios 15 a 17, 23 y 27, de donde se colige que el señor LUIS MARÍA ORTEGA VARGAS laboró al servicio de D- PORTES S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 26 de octubre de 1998 al 27 de julio de 2015, desempeñándose en el cargo de jefe de seguridad tal y como se desprende del contrato (fl.15), devengado como último salario la suma de \$450.000.

Estabilidad laboral reforzada

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia SU – 049 de 2017, indicó:

“4.7. Según lo anterior, la Constitución consagra el derecho a una estabilidad ocupacional reforzada para las personas en condiciones de debilidad manifiesta por sus problemas de salud. Ahora bien, como se pudo observar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo –definido conforme a la reglamentación sobre la materia-, sino también quienes experimentan una afectación de salud que les “impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares” (sentencia T-1040 de 2001). La experiencia acumulada por la jurisprudencia muestra que estas personas están también expuestas a perder sus vínculos ocupacionales solo o principalmente por ese motivo y, en consecuencia, a ser discriminados a causa de sus afectaciones de salud.”

(...)

“8.1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.”

Así mismo, dicha Corporación en proveído SU – 040 de 2018, expresó:

“3.2. La figura de “estabilidad laboral reforzada” tiene por titulares a: (i) mujeres embarazadas; (ii) personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; (iii) aforados sindicales; y (iv) madres cabeza de familia. En el caso de

*las personas con discapacidad, “es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral.” Adicionalmente, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad. En este contexto, **la estabilidad laboral reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador.**”*

(...)

“3.3. Así las cosas, existe desconocimiento de los fundamentos constitucionales y, especialmente, de los principios de igualdad y solidaridad cuando se evidencia un trato diferente o discriminatorio a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las calificadas como personas en situación de discapacidad, con independencia de la relación laboral acordada entre las partes.”

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia cambió el criterio frente al tema de la estabilidad laboral reforzada y en sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018, efectuando una interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, señaló:

“a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.”

“b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.”

“c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas.”

Hechas las anteriores precisiones, lo primero que debe resaltar la Sala es que no es cierto como lo señaló el *a quo*, que la demandante debía acreditar su estado de discapacidad entre grave, severa y profunda al momento del despido, pues si bien la CSJ Sala de Casación tenía por sentado dicha tesis, a raíz de su último pronunciamiento quedó claro que al trabajador únicamente le corresponde demostrar que estuviera en situación de discapacidad al momento del despido y al empleador demostrar las justas causas alegadas para que se configure la estabilidad laboral reforzada, de manera que no se requiere la existencia de una calificación previa que acredite una discapacidad, argumento que además

coincide con los señalado por la Corte Constitucional en la sentencia anteriormente referida.

para el momento del despido, esto es, el 27 de julio de 2015, no presentaba incapacidad médica, tratamiento médico en proceso o recomendación médica, pues si bien para dicha anualidad fue diagnosticado con tumor pulmonar siendo hospitalizado el 10 de octubre de 2015 (fl.33), ello fue con posterioridad al despido, para febrero y abril del mismo año estuvo incapacitado por enfermedad general, sin recomendaciones y tratamiento alguno (fls. 184 a 185), el 6 de julio de 2015 estuvo en consulta de médica general (fl 41) y el 3 de enero de 2015 en consulta con ortopedia (fl 45 y 46-48). También, se puede ver del historial clínico que fue diagnosticado con cáncer de próstata en el año 2007, para el año 2012 se encontraba en estudio por un carcinoma de próstata (fl 43), para el año 2013 fue diagnosticado por enfermedad de parkinson y también presenta patología por cardiopatía hipertrofia con FEVI desconocida.

De manera que, de acuerdo a lo antes dicho no es dable concluir que el actor no fuera un sujeto de especial protección como lo tuvo por sentado la Juez de primera instancia, pues si bien no se encontraba catalogado bajo algún grado de discapacidad, ni se encontraba incapacitado para el momento del despido, ello no conlleva a establecer que no fuera un sujeto de especial protección, pues téngase en cuenta que es una persona que actualmente cuenta con 86 años de edad como se puede ver de la copia de la cédula de ciudadanía (fl.18), por lo que para el momento del despido tenía 81 años de edad y con enfermedades degenerativas tales como parkinson y cáncer de próstata, enfermedades frente a las cuales se encontraba enterado el empleador, pues fueron diagnosticadas durante la vigencia de la relación laboral.

Adicionalmente, de su reporte clínico se logra evidenciar que tuvo sendas y prolongadas incapacidades, algunas de estas relacionadas con las enfermedades antes dichas, siendo entonces que su discapacidad era un hecho notorio, pues claramente impedían que pudiera ejercer cabalmente sus funciones, tanto es así, que incluso solicitó ante su empleador el 5 de enero de 2015 (fl.22) que le fuera cambiado el horario laboral, para que la misma se ejerciera solo medio tiempo, aduciendo que ello se debía por su edad y estado de salud, solicitud que fue aceptada por la demandada suscribiéndose un *otro sí* el 19 de enero de 2015 (fl.23).

No obstante, para que surja la indemnización y reintegro contemplado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es necesario acreditarse que el despido obedeció a su situación de discapacidad, de suerte que, si se prueba que las causales invocadas para dar por terminado el contrato se encuentran contempladas en el artículo 64 del CST, se tiene que el mismo es legítimo, en razón a ello alude la parte accionada que la terminación del contrato obedeció a una justa causa por actos irrespetuosos, malos tratamientos y grave indisciplina (fls. 24/26), situaciones que claramente no corresponden a su condición de discapacidad, motivo por el cual no hay lugar a declarar la estabilidad laboral pretendida y sus correspondientes consecuencias, por lo tanto, se pasa a analizar la justa causa invocada.

Indemnización despido sin justa causa

De manera subsidiaria solicita el actor se verifique si efectivamente existió la justa causa alegada por la parte demandada para dar por terminado el contrato, indicando en el libelo introductor que no se agotó el respectivo proceso disciplinario vulnerándose su derecho de defensa.

La interpretación que la Sala hará en este caso, se efectuara desde el punto de vista de los principios constitucionales, que establece que las normas legales se deben interpretar a la luz de los principios y valores constitucionales, por ende, que se acogió a partir de la Constitución Política de Colombia desde el año 1991, en el sentido que los valores y principios constitucionales priman sobre las normas legales que los contrarían, tal como lo establece el artículo 4 constitucional. Igualmente, en lo que irradia y se señala por la Constitución política, en su artículo 93, que los derechos establecidos en la constitución y la ley se interpretaran conforme a los estándares internacionales. Por lo tanto, implica darle un repaso a los valores y principios que establece la Constitución política y luego aplicar las normas laborales de carácter legal a la luz de dichos principios y normas constitucionales.

Se establece en la Constitución Política de Colombia del año 1991, que Colombia es **un Estado** social de derecho, organizado en forma de República, **fundada** en el respeto de la dignidad humana, y **en el trabajo** y que son **finés esenciales del Estado**: entre otros, servir a la comunidad, **promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los** principios, **derechos** y deberes consagrados en la Constitución; **facilitar la participación de todos en las decisiones que los**

afectan y en la vida económica y la vigencia de un orden justo. Que es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. **El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar** y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Lo anterior significa que la creación del Estado social de derecho se fundó teniendo como esencia el trabajo, es decir, una de las razones de ser del Estado, es el trabajo, tal como lo dice el preámbulo de la Constitución. Igualmente, el trabajo es tratado como un derecho y además como fundamental, esto implica que toda persona tiene derecho al trabajo y por ende a su estabilidad en el mismo. **Este principio es absoluto y solo se puede pregonar como relativo cuando en verdad existe una justa causa, para su terminación.**

Por ello se aprobó la ley 319 de 1996, que en su artículo 7°, señala que toda persona goce del trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias y que el Estado debe garantizar, de manera particular, a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. Y que, En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional. Lo anterior, significa que la estabilidad en el empleo es un derecho y que para conservar el empleo se debe interpretar las normas legales de conformidad con los principios y valores constitucionales, significando que dado la naturaleza de la relación laboral entre el trabajador con empleador y para garantizar este derecho, ello no se logra con facultar el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, si no existe una justa causa, siendo coherente con las normas y principios constitucionales.

De tal modo, que debe prevalecer el principio de estabilidad en el empleo, pues el empleador con la facultad unilateral de terminar el vínculo laboral, en forma simple, contrasta en parte con este derecho, al tenor de lo dispuesto en las normas legales laborales, referentes a la terminación del vínculo laboral en forma unilateral dándole una facultad omnímoda del empleador al darlo por terminado, pues además **se viola el derecho y principio al debido proceso y derecho de defensa cuando éste simplemente le imputa una justa causa, al trabajador sin que el trabajador en este caso, no pueda tener conocimiento previamente del hecho imputado, ni permitírsele el derecho de defensa,** pues tal como aparecen las

normas de tipo legal, solo le permiten efectuar unos descargos, en forma muy precaria, sin que en la práctica se le permita tener conocimiento, previo, del hecho imputado y cuando es llevado improvisadamente, a que rinda descargos, es decir, que no se le permite tener oportunidad de conseguir pruebas y se le otorgue un término para que efectúe su defensa, sino que mecánicamente se le convoca a rendir descargos

En efecto, se viola el principio de estabilidad en el empleo y al debido proceso y el derecho de defensa directamente, cuando se aplican las normas de tipo legal (CST), sin que se tenga cuenta los mencionados principios, pues contrasta en parte con estos principios y a su vez derechos, al tenor de lo dispuesto en las normas referentes a la terminación del contrato, que termina dándole una facultad del empleador para darlo por terminado unilateralmente y sin justa causa o simplemente imputándole una justa causa, pero sin que el trabajador en este último caso, pueda tener conocimiento previamente del hecho imputado, ni permitírsele el derecho de defensa, pues tal como aparecen las normas solo le permiten efectuar unos descargos, pero que en la práctica se aplica dicho concepto restrictivamente y no se le permite tener conocimiento previo del hecho imputado al trabajador y es llevado improvisadamente, a que rinda descargos, es decir, que no se le permita o se le otorgue un término para que efectúe su defensa, sino que simplemente se le escuche sin que se le halle razón y automáticamente se le despide.

Lo anterior, atenta contra el principio de que toda persona tiene derecho a intervenir en los actos que los afectan, es decir, se le debe facilitar la participación de todo trabajador en las decisiones que los afectan en su vida económica, pues la constitución política lo establece y además consagra la vigencia de un orden justo, es decir, no puede existir un orden injusto, se proscribire la injusticia y con más razones en las relaciones de trabajo, dada las condiciones de inferioridad que existen en dichas relaciones, en una de las partes, contrastando con la protección especial que se establece en las diferentes normas constitucionales respecto al derecho al trabajo y su protección en todas sus formas.

De acuerdo con lo anterior, implica y se concluye que si no se ha pactado un procedimiento previo para ejercer el debido proceso y el derecho de defensa, cuando se le imputa una justa causa al trabajador, es consustancial establecerlo en forma elemental, por ello, es necesario que se otorgue al trabajador, el conocimiento

previo de la justa causa y se le otorgue un término razonable para preparar su defensa y se le oiga las razones de su actuación, ello en forma previa, antes de que el empleador tome la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, pues de no ser así no se garantiza el derecho al trabajo, ni la estabilidad en el empleo, pues la oportunidad de la defensa y del debido proceso posterior, en un proceso judicial, no garantiza su estabilidad como debiera ser, porque lo importante es, que el trabajador pueda defenderse previamente, antes de que sea despedido, para que en caso de que logre igualmente justificar su actuación, pueda conservar su empleo.

Es que simplemente el concepto de descargos de que habla la norma no se puede interpretar en forma simplista sin ninguna connotación sustancial del debido proceso y en específico del derecho a la defensa, pues implica el poder refutar con medios probatorios la acusación de la comisión de los hechos constitutivos de la justa causa y obvio que implica el conocimiento previo y poder tener la oportunidad de tener todas las condiciones para poder refutar o descargar las acusaciones y ser oído previamente.

Si bien, el despido no es un hecho disciplinario, ni una sanción, es un hecho mucho más grave, que el mismo hecho disciplinario, pues trae como consecuencia fatal, la pérdida del empleo de su estabilidad, de su ingreso y de su opción de vida, es decir, tiene consecuencias nefastas para la vida y la de la familia del trabajador y de todas maneras implica la imputación de un hecho generador, del cual es tan natural que el trabajador tenga la oportunidad de defenderse adecuadamente y previamente, para que pueda tener la oportunidad de conservar el empleo en caso de que exista una justificación y no de lanzarlo al desempleo y que viva las consecuencias de que tenga que soportar un proceso judicial, sin que tenga la seguridad de obtener nuevamente un trabajo, dadas las condiciones del país.

Por ello resulta una obligación tanto del empleador como de las autoridades públicas tal como lo señala la Constitución Política que es deber de los nacionales (y entre ellos los empleadores) y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y por ende si ello es así, entre sus normas la protección al trabajo y su estabilidad y ello genera la consecuencia de adaptar necesariamente las normas legales a los principios y valores constitucionales, por ello resulta razonable la aplicación práctica del principio del debido proceso y derecho a la defensa, previamente a favor del trabajador, por lo menos para que lo ejerza y si el empleador

no encuentra razonable los argumentos y justificaciones que haga el trabajador, pueda efectuar el despido, obviamente, con la posterior verificación por la justicia ordinaria, en forma objetiva de la tipicidad de la justa causa invocada, si el trabajador así lo decide.

Por ello se considera que necesariamente se debe establecer previamente un procedimiento para que se pueda ejercer el debido proceso y el derecho de defensa en un caso de despido con justa causa, ya que este es un principio y un derecho aplicable directamente y en forma razonable se puede aplicar por el empleador dándole la oportunidad al trabajador de que efectúe sus descargos, en forma adecuada a las circunstancias particulares del caso imputado. Este derecho se pregona, en el artículo 29 de la C P., como aplicable a todas las actuaciones, tanto judiciales, como administrativas y si bien no se precisa que también se deba aplicar en las actuaciones entre particulares, lo cierto, es que la misma constitución política en otra norma si lo establece al señalar que se debe facilitar la participación de todos los trabajadores en las decisiones que los afectan en su vida económica, desprendiéndose este derecho del artículo 2° de la C.P, igualmente del artículo constitucional de que todos los ciudadanos nacionales deben cumplir la Constitución y de la misma carta política que establece el deber de los particulares y del Estado de cumplir con los deberes sociales y de la concertación al establecerlo como principio mínimo fundamental del trabajo, en el sentido de que es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo.

En ese mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia **C 299 de 1998**, que se refirió al debido proceso y el derecho de defensa, en una de las justas causas de terminación del contrato de trabajo y extendiendo ese mismo derecho en la sentencia **T 546 de 2000** a las demás causales de terminación del contrato de trabajo, y aunque aparentemente se haya interpretado consecuentemente de otra manera, en la sentencia **SL 2351 de 2020**, de la Sala laboral de la Corte suprema de justicia, en el fondo se trae a cuento en ella la esencia de dicha protección.

Entonces la tendencia mundial es proteger el trabajo, la estabilidad en el empleo, tal como se dijo En la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 1.º de junio de 2011 en

su centésima reunión; expuso que “Consciente del compromiso de la Organización Internacional del Trabajo de promover el trabajo decente para todos mediante el logro de las metas establecidas en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa; deberá adoptar medidas para asegurar la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos de todos los trabajadores. Es indudable que el derecho al trabajo y la estabilidad laboral es un derecho humano fundamental y se garantiza teniendo la oportunidad el trabajador de conocer el hecho imputado como justa causa en forma previa y la oportunidad de defensa y de ser oído previamente el trabajador antes del despido, con ello se garantiza la protección adecuadamente de esos principios y derechos mínimos fundamentales.

Si bien, la norma laboral no consagra como tal la citación a descargos, teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en la sentencia C-299 de 1998, se reconoció la posibilidad al trabajador para ejercer su derecho de defensa frente al empleador, con anterioridad a la ejecución de la decisión de terminar o no el contrato de trabajo; en este sentido, el empleador tiene la obligación de darle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra, más aun cuando lo pretendido es dar por terminada la relación laboral, nótese que dentro de la legislación laboral existe un procedimiento para las sanciones disciplinarias contenido en el artículo 115 del CST, el cual obliga al empleador a darle la oportunidad a los trabajadores de ser oídos sobre las causas imputadas y en caso de no hacerlo la sanción impuesta no genera efecto alguno, entonces si es así para una sanción disciplinaria, por qué no permitirle al trabajador bajo dichos postulados ser escuchado previamente a su despido, cuando la consecuencia es aún más gravosa, por tales consideraciones se vulneran los derechos constitucionales del trabajador cuando previamente al despido no se le permite ejercer su derecho de defensa.

En atención a lo antes dicho nota la Sala que, si bien el empleador invocó una justa causa para dar por terminada la relación laboral, contempladas en los literales a.), e.), i.) del artículo 64 del CST y los literales f.), g.), i) del reglamento interno de trabajo, lo cierto es que desde el momento en que desplegó la conducta endilgada al actor, la cual generó el despido, esto es el 24 de julio de 2015 al 27 de julio del mismo año que se dio por finalizada la relación laboral, no fue llamado a descargos violando así su debido proceso y derecho de defensa, pues fue sorprendido de dicha

decisión sin previamente el demandante pudiera manifestar su razones de descontento.

Aunado a lo anterior, en cuanto a los hechos endilgados como justa causa para el despido, el cual correspondió según la carta de terminación del contrato, que el día 24 de julio de 2016, el actor irrespeto a sus compañeros de trabajo, que al llamarle la atención sobre dicha conducta el señor LUIS MARÍA hizo caso omiso contestando de manera desafiante *“haga lo que quiera”*, también se refiere que en otras ocasiones el actor ya había ejecutado dicha conducta llamándose la atención en múltiples oportunidades, además de desobediencia sistemática a las instrucciones que se le impartían contestando *“sino le sirvo, informen a gerencia”*, *“que tomará la decisión que quisiera”*.

Aportó como sustentó a su dicho los soportes de los llamados de atención del 8 de abril de 2015, por el incumplimiento reiterado de las funciones, entre estas haber entregado de forma tardía una factura y no realizar completas las diligencias que le fueron encomendadas por la Directora de Tesorería, el 7 de abril, respondiendo de forma grosera ante el requerimiento que se le realizó por dicha situación (Fl 170); el 6 de mayo de 2015, por no haber cumplido con la instrucción dada por la Coordinadora de Auditoría consistente en presentarse a las 2:00 p.m en Sodexo para radicar los bonos por valor de \$5.000.000 (Fl 171) y el 19 de junio de 2015, por reusarse a acatar las instrucciones dadas por su jefe directo consistente en radicar una factura, orden que le fue repetida por la Directora de Recursos Humanos y se negó a realizar respondiendo de forma grosera y amenazante que no lo haría (Fl 172).

Al respecto, debe tenerse en cuenta que las conductas endilgadas al actor son 2 el haber desautorizado las ordenes del empleador y el haber sido grosero con sus superiores y compañeros. En lo concerniente a la desautorización de ordenes se tiene que el actor en su escrito demanda señala que las anteriores conductas se debieron por el acoso laboral que venía presentado por parte de su jefe el señor ANDRÉS GALINDO quien lo amenazó en despedirlo si no hacía las labores ordenadas, las cuales no eran acordes a sus funciones (hecho 16 fl.4), de acuerdo a los llamados de atención anteriores al despido, se puede ver que la demandada en efecto aduce que el actor no realizó las actividades encomendadas.

Al ser analizadas las mismas, no se evidencia la desobediencia endilgada como tal, sino por el contrario una manifestación de no ejecutar labores por las cuales no fue contratado, deber que tienen los trabajadores, pues no es correcto por parte de los empleadores ordenar realizar otras actividades que no se relacionan con el cargo, más aun cuando la parte demandada aceptó en su contestación que el cargo desempeñado por el demandante correspondió al de jefe de seguridad, al aceptar el hecho 3 de la demanda, lo cual nada tiene que ver con las labores que se dijo no ejecutó, pues las mismas se relacionan con mensajería y si bien existen otros documentos donde se señala que su función era esa, no obra dentro del proceso un *otro sí* donde se demuestre que efectivamente el contrato se modificó en cuanto al cargo a desempeñar, así también se observa de las certificaciones allegadas expedidas por el empleador otras funciones distintas a las del contrato como “*jefe de documentación*”, lo cual acredita aún más las razones dadas por el trabajador frente a su conducta, pues es claro que la demandada lo ponía a realizar otras labores distintas a las establecidas en el contrato, no existiendo justa causa de despido frente a este hecho.

Ahora, en lo que refiere la accionada de que el actor fue grosero con sus superiores y compañeros, nota la Sala que la imputación resulta muy genérica, pues no se indica de manera clara y precisa en que consistió ese comportamiento, lográndose apreciar de lo sustentado en los llamados de atención y carta de despido, simplemente una reacción del actor frente a las injusticias que se venían presentado en sus labores, las cuales en ningún momento constituyeron una ofensa como tal y mucho menos fueron dirigidas directamente o a sus compañeros o a sus superiores como lo indica la demandada, no probándose tampoco que existiera justa causa sobre este hecho.

En tal medida no queda más que condenarse a la demandada a la indemnización por despido sin justa causa, por no haberse agotado cabalmente los procedimientos previos a su decisión y no demostrar la justa causa endilgada, debiendo reconocer las suma de **\$5.175.833** que equivalen a 16 años, 9 meses y 1 día laborados, suma que deberá ser indexada al momento de su pago y se absolverá frente a los intereses moratorios solicitados, pues los mismos persiguen iguales fines de compensación por pérdida del valor adquisitivo del dinero.

Horas extras

Sobre el tema, la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 45931 del 22 de junio de 2016, MP: GERARDO BOTERO ZULUAGA, señaló:

“Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. Lo anterior, brilla por su ausencia.”

En relación a la jurisprudencia referida, se tiene que en el presente asunto no se cuenta con prueba contundente con la cual se puede efectuar condena, pues no se vislumbra con claridad el tiempo extra que laboró a favor de la demandada, por lo tanto, habrá de confirmarse lo decisión por la *a quo*.

Prescripción

Finalmente, se tiene que tal fenómeno no alcanzó a prosperar como quiera que la terminación del contrato se dio el 27 de julio de 2015 (fl.24/26) y la presentación de la demanda data del 6 de julio de 2018 (fl.1), sin que de una fecha a otra alzará a superar los 3 años que establecen los artículos 488 del CST y 151 CPTSS.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia por encontrarse en grado jurisdiccional de consulta, las de primera estarán a cargo de la parte demandada.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar se ordena **CONDENAR** a la empresa demandada D-PORTE S.A.S. a pagar a favor del actor la indemnización por despido

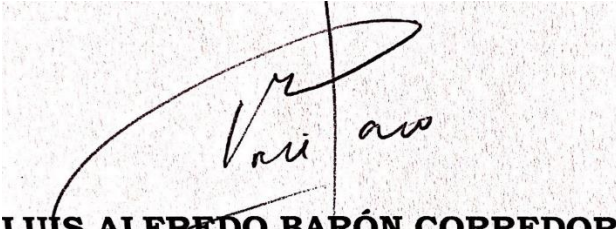
sin justa causa contemplada en el artículo 64 del CST en la suma de \$5.175.833 debidamente indexada al momento de su pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia por encontrarse en grado jurisdiccional de consulta, las de primera estarán a cargo de la parte demandada.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

(Aclara voto)



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

(salva voto)