

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS FERNANDO ABELLA RODRIGUEZ, JAISON DAVID MONTERO VARGAS y OLGA LUCIA VELASQUEZ VARGAS CONTRA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES Y EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, trámite al que se vinculó a LIBERTY SEGUROS S.A. y a CONFIANZA S.A. como llamadas en garantía. (RAD. 12 2016 00353 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A. (folios 725 a 743), con excepción de los demandantes quienes guardaron silencio, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante Luis Fernando Abella Rodríguez, Fondo Nacional del Ahorro y Liberty Seguros S.A., respectivamente, contra la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 24 de febrero del 2020 (Cd a folio 707, récord 1:08:40 acta a folio 719), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: CONDENAR** al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como verdadero empleador y solidariamente a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES a pagar a favor del señor LUIS FERNANDO ABELLA RODRÍGUEZ por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 periodo comprendido entre el 1° de octubre de 2015 y el 29 de febrero de 2016 en la suma de \$15.893.333.*

SEGUNDO: CONDENAR a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES a pagar a favor de los demás demandantes por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del código sustantivo del trabajo por el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 2015 y el 29 de febrero del año 2016 a favor de JAISON DAVID MOMTERO VARGAS \$9.387.000 ORDENAR y de OLGA LUCIA FERNÁNDEZ VARGAS la suma de \$6.625.533.

TERCERO: DECLARAR la constitución del siniestro amparado por la póliza, en este caso BO2436541 para la responsabilidad de LIBERTY SEGUROS a su cargo con base en la citada póliza de seguros únicamente en el caso relacionado con el señor LUID FERNANDO ABELLA RODRÍGUEZ.

CUARTO: ABSOLVER a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, LIBERTY SEGUROS de las demás suplicas de la demanda conforme a la parte motiva de la presente decisión.

QUINTO: ABSOLVER a COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.- CONFIANZA de todas y cada una de las suplicas de la demanda conforme a la parte motiva de la presente decisión.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas **SEPTIMO: CONDENAR** a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES al pago de costas y agencias en derecho señalándose en la suma como tal de \$600.000 para cada una de ellas. **CONDENAR** al FONDO NACIONAL DEL AHORRO a pagar \$600.000 de costas únicamente por el caso del señor LUIS FERNANDO ABELLA RODRÍGUEZ así como también el mismo valor a LIBERTY SEGUROS. Se abstiene de condenar en costas por los demás sentidos y alcances.”

Inconformes con la decisión, los apoderados judiciales del demandante Luis Fernando Abella Rodríguez, del Fondo Nacional del Ahorro y de Liberty Seguros S.A., respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente, la parte actora refiere su inconformidad frente a los extremos del cálculo de la condena de la indemnización moratoria, asegurando que al ser el verdadero empleador el FNA debió calificarse su comportamiento y no la situación particular de OPTIMIZAR como es la entrada en reorganización y su inscripción en la cámara de comercio, asegurado en este proceso el FONDO NACIONAL DEL AHORRO nunca logró justificar la razón del no pago y en esa medida al ser consciente que era su verdadero empleador, debió entonces aplicarse la indemnización moratoria en el término establecido de acuerdo al régimen legal establecido para los trabajadores oficiales¹ (Cd a folio 707 record 1:11:25).

¹ “Su señoría, frente a la sentencia que acaba de dictar me permito presentar recurso de apelación en lo que respecta a los extremos del cálculo de la condena de la indemnización moratoria a favor de LUIS FERNANDO ABELLA, esto en virtud que el despacho, considera el suscrito de manera atinada encuentra al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como verdadero empleador dado el acervo probatorio arrimado y las pruebas practicadas, sin embargo, a la hora de calcular y tener en cuenta los extremos, a consideración del suscrito, confunde las dos figuras dado que al ser el verdadero empleador, debió calificarse el comportamiento del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y no la situación particular de OPTIMIZAR como es la entrada en reorganización y su inscripción en la cámara de comercio, esto en razón que al ser el verdadero empleador,

Por su parte el FONDO NACIONAL DEL AHORRO en su recurso señala que el señor LUIS FERNANDO ABELLA RODRÍGUEZ fue trabajador de la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR S.A tal y como da cuenta las documentales obrantes en el expediente, indicando que conforme a los contratos de prestación de servicios entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES se observa en su cláusula primera que el contrato tiene como objeto *“la prestación de servicios suministro y administración de personal para facilitar el crecimiento y expansión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO en armonía con el plan nacional de desarrollo y la planeación estratégica 2015-2019”*, la cláusula quinta indica que *“el plazo de ejecución del presente contrato será por tres meses o hasta agotar el presupuesto asignado, lo que primero ocurra contado a partir del cumplimiento de los requisitos exigidos para su ejecución y suscripción de la correspondiente acta de inicio”* y en la cláusula sexta del citado contrato se estipuló que *“el contratista se compromete a cumplir con las obligaciones señaladas en el presente contrato bajo su única responsabilidad y riesgo y mantendrá indemne al fondo frente a cualquier reclamación judicial o extrajudicial de terceros, por consiguiente el fondo en ningún caso responderá por demanda o reclamaciones que puedan presentar sus empleados, asesores o terceros con ocasión a daños o perjuicios respecto al pago de seguros, salarios o prestaciones sociales derivados de la ejecución del presente contrato”*, asegurando que para el momento de su suscripción el FONDO NACIONAL DEL AHORRO se encontraba ejecutando una política de promoción de su entidad impulsando así inversión en el sector inmobiliario y educativo, situación que lo llevó a un crecimiento de las operaciones y requerimiento de recursos humanos, razones que lo llevan a ejecutar la contratación por intermedio de la empresa temporal OPTIMIZAR.

tendrá que tenerse en consideración el comportamiento no justificado de parte de esta y encontramos que en este proceso el FONDO NACIONAL DEL AHORRO nunca logró justificar la razón del no pago y en esa medida al ser consciente que era su verdadero empleador, como el despacho atinadamente lo señala, debió entonces aplicarse la indemnización moratoria en el término establecido de acuerdo al régimen legal establecido para los trabajadores oficiales, diferente a los trabajadores regidos por el código sustantivo del trabajo.

En este orden de ideas sus señoría, el recurso de apelación está destinado a pedirle al honorable tribunal superior de Bogotá que modifique la sentencia en lo que refiere a los extremos de causación de la indemnización moratoria del demandante LUIS FERNANDO ABELLA y se extienda por el termino de los 24 meses legalmente fijados en virtud del comportamiento injustificado del FONDO NACIONAL DEL AHORRO quien fue su verdadero empleador. En estos términos dejo sustentado el recurso. Muchas gracias sus señoría.”

Razón por la cual manifiesta, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO suscribió un contrato de prestación de servicios con OPTIMIZAR para el suministro de trabajadores en misión en razón al crecimiento y expansión del fondo nacional del ahorro en armonía con el plan nacional de desarrollo, siendo claro que quien sufragaba los salarios de los demandantes siempre fue OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES.

De otra parte, advierte que en la demanda se establecieron como extremos temporales los siguientes: LUIS FERNANDO ABELLA RODRÍGUEZ desde el 4 de agosto de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015, es decir, 1 mes y 26 días, JAISON DAVID MONTERO VARGAS 1° de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, es decir 10 meses y la señora OLGA LUCIA VELASQUEZ VARGAS del 17 de febrero de 2016 al 30 de septiembre de 2015, 7 meses y 13 días, sin que en los hechos de la demanda se advierta supuestos diferentes frente a una sociedad distinta, razón por la cual expresa frente a ninguno de los demandantes su representada excedió el termino máximo permitido para contratar en misión establecidos en el artículo 77 de la ley 50 de 1990 y el decreto 4369 del 2006, recordando que los hechos de la demanda son los que se debaten en juicio y son estos los que determinan el campo factico dentro del cual el juez debe resolver la controversia, y le señalan a las demandadas la situación jurídica de la cual deben defenderse.

Por lo anterior considera, el fallo emitido por el juez de primera instancia en relación al señor Luis Fernando Abella Rodríguez vulnera el principio de congruencia establecido en el artículo 181 del código general del proceso aplicable por analogía en virtud al artículo 145 del código procesal del trabajo, pues la sentencia proferida no está en concordancia con los hechos que se pueden verificar en el escrito introductorio y las pretensiones de la demanda dado que en los mismos hechos planteados por los accionantes se señalan claramente las fechas de su relación laboral con OPTIMIZAR S.A. y así mismo en las pretensiones solicitaron principalmente la declaración de la existencia de la relación laboral con OPTIMIZAR S.A., asegurando la solidaridad con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO solamente se puede dar en la medida en que se encuentre o se declare la existencia del contrato de trabajo con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, situación que considera no se dio bajo ninguno de los

demandantes, incluido el señor LUIS FERNANDO ABELLA RODRÍGUEZ, reiterando no se evidencia una contratación ilegal o causal para declarar una contratación ilegal y por lo tanto tener como verdadero empleador al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Indica, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO obró con total probidad y diligencia al efectuar la contratación con OPTIMIZAR la cual estaba autorizada en su momento con el ministerio de trabajo y adicionalmente de acuerdo a los hechos que se plantearon en la demanda, que fueron sobre los cuales se debatieron las pruebas, se encontró que en relación a ninguno de los accionantes incluido el señor LUIS FERNANDO ABELLA se desbordó el límite temporal.² (Cd a folio 707, record 1:13:27).

² “Estando dentro del término legal me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el despacho, solicitando desde ya a la honorable sala laboral del tribunal superior del distrito judicial se sirva revocar los numerales 1 y el ultimo de la sentencia que profirió el juez de primera instancia y en su lugar absolver de todas y cada una de las pretensiones al FONDO NACIONAL DEL AHORRO teniendo en cuenta los siguientes argumentos.

Primero debo señalar que lo que verdaderamente se encuentra señalado dentro del proceso es que los accionantes, incluido el señor LUIS FERNANDO ABELLA RODRÍGUEZ fueron trabajadores de la empresa SERVICIOS TEMPORALES OPTIMIZAR S.A tal y como da cuenta las documentales entre otras, el contrato de trabajo obra-labor de los accionantes, la liquidación del contrato de trabajo de estos, la certificación laboral de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, cartas de terminación del contrato que realizó OPTIMIZAR empresa de servicios temporales, comprobantes de pago donde se señala que quien canceló esas acreencias durante la vigencia de la relación fue OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, póliza de cumplimiento de la empresa LIBERTY SEGUROS S.A. y contrato de servicios suscrito entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. entre otros.

Todos los anteriores dan cuenta de la relación laboral que existió entre los accionantes, incluido el señor LUIS FERNANDO ABELLA RODRÍGUEZ y la empresa de servicios OPTIMIZAR S.A., ahora bien, analizar los contratos de prestación de servicios entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES se observa en su cláusula primera que el contrato tiene como objeto “la prestación de servicios suministro y administración de personal para facilitar el crecimiento y expansión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO en armonía con el plan nacional de desarrollo y la planeación estratégica 2015-2019” seguido a ello se estipuló la cláusula quinta del contrato que “el plazo de ejecución del presente contrato será por tres meses o hasta agotar el presupuesto asignado, lo que primero ocurra contado a partir del cumplimiento de los requisitos exigidos para su ejecución y suscripción de la correspondiente acta de inicio” sumado a lo anterior, en la cláusula sexta del citado contrato se estipuló que “el contratista se compromete a cumplir con las obligaciones señaladas en el presente contrato bajo su única responsabilidad y riesgo y mantendrá indemne al fondo frente a cualquier reclamación judicial o extrajudicial de terceros, por consiguiente el fondo en ningún caso responderá por demanda o reclamaciones que puedan presentar sus empleados, asesores o terceros con ocasión a daños o perjuicios respecto al pago de seguros, salarios o prestaciones sociales derivados de la ejecución del presente contrato”.

Ahora bien, del contrato celebrado entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR se tiene que para el momento de sus suscripción el FONDO NACIONAL DEL AHORRO se encontraba ejecutando una política de promoción de su entidad impulsando así inversión en el sector inmobiliario y educativo, situación que lo llevó a un crecimiento de las operaciones y requerimiento de recursos humanos, razones que lo llevan a ejecutar la contratación por intermedio de la empresa temporal OPTIMIZAR como ya se mencionó.

Finalmente, la apoderada de LIBERTY SEGUROS S.A., interpone recurso de apelación contra el numeral primero en el cual se declaró como empleador al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y como consecuencia de eso en el numeral tercero donde se declara un siniestro para que se efectúen los pagos con cargo a las pólizas de LIBERTY SEGUROS en razón a la vinculación o declaración que se

Por lo anterior es claro que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO suscribió un contrato de prestación de servicios con OPTIMIZAR para el suministro de trabajadores en misión en razón al crecimiento y expansión del fondo nacional del ahorro en armonía con el plan nacional de desarrollo, así mismo los demandantes prestaron sus servicios, es lo que se encuentra claramente acreditado dentro del proceso por medio de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES mediante contratos por obra o labor contratada como trabajadores en misión para el FONDO NACIONAL DEL AHORRO tal como se desprende de las documentales que estos mismos aportaron al expediente, y es claro también que quien sufragaba los salarios de los demandantes siempre fue OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES.

De otra parte, la demanda siempre se centró respecto de la sociedad OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y para los interregnos de LUIS FERNANDO ABELLA RODRÍGUEZ desde el cuatro de agosto de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015, es decir, un mes y 26 días, con el señor JASON DAVID MONTERO VARGAS primero de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, es decir 10 meses y la señora OLGA LUCIA VELASQUEZ VARGAS 17 de febrero de 2016 al 30 de septiembre de 2015, siete meses y trece días sin que en los hechos de la demanda se advierta supuesto el de facto alegado frente a una sociedad distinta, razón por la cual el debate probatorio se debe centrar únicamente frente a la convocada OPTIMIZAR S.A y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, deviniendo así que frente a ninguno de los demandantes mi representada hubiese excedido el termino máximo permitido para contratar en misión establecidos en el artículo 77 de la ley 50 de 1990 y el decreto 4369 del 2006 y es que se debe recordar que los hechos de la demanda son los que se debaten en juicio y son estos los que determinan el campo factico dentro del cual el juez debe resolver la controversia, y le señalan a las demandadas la situación jurídica de la cual deben defenderse. No podemos salir de manera extraña dado el momento del debate de las pruebas cuando no es la oportunidad procesal, a hacer referencia a empresas que claramente, dado que nunca fueron manifestadas en los hechos, nunca tuvieron la oportunidad de vincularse al proceso.

Por lo anterior considero que el fallo emitido por el juez de primera instancia en Relación al señor Luis Fernando ABELLA RODRIGUEZ vulnera el principio de congruencia establecido en el artículo 181 del código general del proceso aplicable por analogía en virtud al artículo 145 del código procesal del trabajo, pues la sentencia proferida no está en concordancia con los hechos que se pueden verificar en el escrito introductorio y las pretensiones de la demanda dado que los mismos hechos planteados por los accionantes en su escrito introductorio los señalaron claramente las fechas de su relación laboral con OPTIMIZAR S.A. y así mismo en las pretensiones solicitaron principalmente la declaración de la existencia de la relación laboral con OPTIMIZAR S.A. claro si, la solidaridad con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, pero esta solidaridad solamente se puede dar en la medida en que se encuentre o se declare la existencia del contrato de trabajo con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, situación que considera mi representada que no se dio bajo ninguno de los demandantes, incluido el señor LUIS FERNANDO ABELLA RODRÍGUEZ.

Para este caso pues, la declaración de la ilegalidad de la contratación con una empresa de servicios temporales se tiene cuando se contrata con la empresa usuaria pero la empresa de servicios temporales no está autorizada para su funcionamiento o se desbordan los límites temporales del artículo 76 de la ley 50 del 90, y considero que en ninguno de los dos casos efectivamente se da esta contratación ilegal o causal para declarar una contratación ilegal y por lo tanto tener como verdadero empleador al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, situación en que nos iríamos a las pretensiones subsidiarias y no a las principales.

Adicionalmente solicito a los honorables magistrados del tribunal se tenga en cuenta que dentro de la presente Litis se probó que la contratación del personal fue a través de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y esta se encuentra ajustada a los parámetros legales, no debe haber lugar a la declaratoria de solidaridad como se determinó en primera instancia e insisto que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO obró con total probidad y diligencia al efectuar la contratación con OPTIMIZAR, esta estaba autorizada para su momento con el ministerio de trabajo y adicionalmente de acuerdo a los hechos que se plantearon en la demanda, que fueron sobre los cuales se debatieron las pruebas, se encontró que en relación a ninguno de los accionantes incluido el señor LUIS FERNANDO ABELLA se desbordó el límite temporal. Con estos argumentos dejo sustentado mi recurso. Muchas gracias.”

hace del FONDO NACIONAL DEL AHORRO como verdadero empleador, así mismo frente al numeral que impone las correspondientes costas.

Expresa que el presente proceso debe limitarse a como se determinó en la fijación del litigio y a los extremos de la relación laboral que solicitaron fuera declarada en la demanda, considerando el despacho no puede tomar en cuenta situaciones anteriores o posteriores a las que se solicita sean declaradas en la correspondiente demanda en razón a que esto señalaría una inseguridad jurídica por cuanto fueron pretensiones principales y mal podría el juzgado tomar la decisión como la ha tomado de declarar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como un verdadero empleador cuando efectivamente es el mismo señor ABELLA quien efectivamente narra que su verdadero empleador fue OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES quien a su vez le canceló sus acreencias laborales a través de la declaratoria y levantamiento de las acreencias que se realizaron y como consecuencia de esto fueron canceladas por la aseguradora CONFIANZA.

Así mismo, asegura que tampoco hay una solidaridad entre las demandadas porque hay una consagración expresa en el artículo 71 de la ley 50 que señala que las empresas temporales son los verdaderos empleadores de las personas que trabajan en misión como en efecto ocurre, razón por la cual insiste se hace una apreciación inadecuada de la norma y una interpretación errada, solicitando al juez de segunda instancia se revoque esta decisión.

Ahora, frente a la declaratoria del siniestro que realiza el juzgado, asegura el artículo 1077 del código de comercio señala que no es un juzgado el que puede declarar el siniestro sino que tiene que ser notificado por su asegurado, por lo que se debe tener en cuenta que hay una ausencia de la declaratoria del siniestro de conformidad con lo señalado en el 1077 del código de comercio, precisando si bien en las condiciones generales del seguro de cumplimiento expedido por LIBERTY SEGUROS están definidos en el amparo 1.5 el amparo del pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, conforme a la póliza contratada, que se puedan llegar a generar, no hay un cubrimiento expreso frente a las pretensiones de la demanda, por tanto, de acuerdo con las condiciones generales y particulares está excluido el reconocimiento de estas prestaciones, ya que la empresa usuaria no es solidaria responsable del no pago de los salarios y

prestaciones sociales por parte de las empresas de servicios temporales, por ende al no existir obligación alguna en cabeza del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, no existe perjuicio alguno para la referida entidad que funge como asegurada.

Reitera, que en el caso concreto no se ha demostrado con las pruebas aportadas que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO haya realizado reclamación a LIBERTY SEGUROS en los términos del artículo 1077 del código de comercio en su condición de beneficiario de las pólizas expedidas con lo que se demuestra la inexistencia de la obligación en cabeza de LIBERTY SEGUROS dentro del presente proceso pues en ningún momento se ha realizado reclamación alguna a la compañía en los términos del artículo 1077 del código de comercio³ (Cd a folio 707, record 1:21:40).

³ “En calidad de apoderada de la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho en el presente proceso mediante el cual se declaró el numeral primero se declaró como empleador al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y como consecuencia de eso en el numeral tercero se declara un siniestro para que se efectúen los pagos con cargo a las pólizas de LIBERTY SEGUROS en razón a la vinculación o declaración que se hace del FONDO NACIONAL DEL AHORRO como verdadero empleador, así mismo frente al numeral que impone las correspondientes costas.

Es primero recordar que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO es una empresa usuaria dentro del presente proceso, debe limitarse como se determinó en la fijación del litigio a los extremos de la relación laboral que solicitaron fuera declarada en la demanda. El despacho no puede tomar en cuenta situaciones anteriores o posteriores a las que se solicita sean declaradas en la correspondiente demanda en razón a que esto señalaría una inseguridad jurídica por cuanto fueron pretensiones principales y de esto lógicamente el demandante, quien rindió su interrogatorio efectivamente declaró y acepto que él era un trabajador en misión para el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que su verdadero empleador efectivamente fue OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES.

En consecuencia, mal podría el juzgado tomar la decisión como la ha tomado en este momento como es declarar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO un verdadero empleador cuando efectivamente es el mismo señor ABELLA quien efectivamente narra que su verdadero empleador fue OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES quien a su vez le canceló sus acreencias laborales a través de la declaratoria y el levantamiento de las acreencias que se realizaron y como consecuencia de esto fueron canceladas por la aseguradora CONFIANZA. En consecuencia, de manera errada el juzgado hace una apreciación indebida del artículo 35 en sentido de considerar que la empresa de servicios temporales es una simple intermediaria.

Así mismo debe tenerse en cuenta que obviamente es clara la norma y tampoco hay una solidaridad entre las demandadas porque hay una consagración expresa en el artículo 71 de la ley 50 que introdujo las reformas al código sustantivo del trabajo y señala que las empresas temporales son los verdaderos empleadores de las personas que trabajan en misión como en efecto ocurre, debe tenerse en cuenta como ha expresado el abogado del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, los extremos que efectivamente perduró la relación laboral que no fueron desbordados, que su contratación fue debidamente acreditada como obra dentro del proceso, razón por la cual se hace una apreciación inadecuada de la norma, una interpretación errada y se solicita al juez de segunda instancia se revoque esta decisión.

Ahora, frente a la declaratoria del siniestro que realiza el juzgado, es una cosa anti técnica que realiza el despacho en razón a que olvida la legislación comercial que efectivamente se presenta para esta clase de eventos. El artículo 1077 del código de comercio señala que no es un juzgado el que puede declarar el siniestro sino que tiene que ser notificado por su asegurado, en consecuencia debe tener en cuenta la segunda instancia que hay una ausencia de la declaratoria del siniestro de conformidad con lo señalado en el 1077 del código de comercio y las pretensiones de la demanda fueron formuladas en este asunto y fueron dirigidas a que se declare la existencia de una relación laboral con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que este y

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes, las pretensiones visibles a folios 3 a 14, las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 15 a 23, aspirando de manera principal, se declare que entre los demandantes y la sociedad OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., existió una relación laboral que tuvo los siguientes extremos: 4 de agosto a 30 de septiembre del 2015 (Luis Fernando Abella), 1° de diciembre del 2014 al 30 de septiembre del 2015 (Jaison David Montero) y 17 de febrero a 30 de septiembre del 2015 (Olga Lucía Velásquez Vargas). En consecuencia, se condene a OPTIMIZAR SERVICIOS

la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR son solidariamente responsables de las acreencias que dejó de cancelar.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los salarios y prestaciones sociales contemplados en las condiciones generales del seguro de cumplimiento expedido por LIBERTY SEGUROS están definidos en el amparo 1.5, amparo de pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones laborales conforme a la póliza contratada, se cubre el pago del salario, prestaciones sociales legales e indemnizaciones que se puedan llegar a generar, pero no hay un cubrimiento expreso frente a las pretensiones de la demanda. Por tanto, de acuerdo con las condiciones generales y particulares está excluido el reconocimiento de estas prestaciones.

En reiterada jurisprudencia la sala laboral de la corte suprema de justicia ha señalado que la empresa usuaria no solidaria responsable del no pago de los salarios y prestaciones sociales por parte de las empresas de servicios temporales, al quedar acreditado lo anterior y no existir obligación alguna en cabeza del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, no existe perjuicio alguno para la referida entidad que funge como asegurada, es decir, que aquí a quien tenía que haber declarado culpable para que opere la póliza debería ser OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, y esta apreciación o este desconocimiento del juzgado lleva a la declaratoria de un siniestro que como ya se dijo, no le está permitido al juez de instancia.

Así mismo debe tener en cuenta el juez de segunda instancia que el artículo 1077 del código de comercio determina con toda claridad que corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro así como la cuantía de la pérdida si fuere el caso, en consecuencia es aquí el asegurado quien le corresponde efectivamente probar como se ha señalado y he reiterado a lo largo de la sustentación de este recurso, al respecto doctrina del doctor Hernán Fabio López en su obra “comentarios del contrato de seguro” nos dice que “es el deber de formular la reclamación, la ocurrencia del siniestro es base para que la aseguradora entre a cumplir con sus obligaciones principales la de indemnizar los perjuicios ocasionados por aquel, empero, para que pueda cumplir con esa prestación es necesario que el asegurado o beneficiario le demuestre extrajudicialmente no solo la ocurrencia sino la cuantía del siniestro”.

En el caso concreto se encuentra que no se ha demostrado con las pruebas aportadas por parte de la actora ni en los hechos de la demanda que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO haya realizado reclamación a LIBERTY SEGUROS en los términos del artículo 1077 del código de comercio en su condición de beneficiario de las pólizas expedidas por mi mandante. Así las cosas, de conformidad con el mandato legal anteriormente citado y de acuerdo con los hechos del acervo probatorio se demuestran la inexistencia de la obligación en cabeza de LIBERTY SEGUROS dentro del proceso que nos ocupa pues en ningún momento se ha realizado reclamación alguna a la compañía en los términos del artículo 1077 del código de comercio. Así mismo solicito se tenga en cuenta por parte de la segunda instancia las excepciones planteadas en el escrito al momento de contestar el respectivo llamamiento en garantía. Muchas gracias.

TEMPORALES S.A. y solidariamente al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, a pagar a favor de los convocantes, las cesantías, intereses a la cesantía, la prima de servicios y las vacaciones causadas durante la vigencia de la relación laboral, junto con la sanción moratoria, la indexación y las costas. En subsidio solicita se declare que el verdadero empleador de las demandantes lo fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, siendo OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. una simple intermediaria y en consecuencia, se condene a la primera y solidariamente a la segunda a pagar a favor de los actores las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones causadas durante la vigencia del contrato junto con la sanción moratoria y la indexación. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto únicamente se condenó al pago de la indemnización moratoria a favor de cada uno de los accionantes, atendiendo a que se acreditó dentro del plenario que la aseguradora CONFIANZA S.A. les canceló la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones, advirtiendo que únicamente se declaraba la existencia del contrato de trabajo del señor Luis Fernando Abella con el Fondo Nacional del Ahorro pues fue quien acreditó que laboró por más de 6 meses con el FNA a través de diversas EST, razón por la cual frente a él impuso la condena al pago de la sanción moratoria a cargo del FNA declarando la responsabilidad de LIBERTY SEGUROS por la constitución de la Póliza B02436541, y en relación con los otros demandantes señaló que la referida sanción debía ser cancelada por OPTIMIZAR como su verdadero empleador, advirtiendo que dicha condena para todos los accionantes procedía para el periodo del 1° de octubre del 2015 (día siguiente a la terminación del contrato) y el 29 de febrero del 2016 (cuando se dio apertura al proceso de reorganización de Optimizar).

Establecido lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En primer lugar y por razones de método abordará la Sala los planteamientos del recurso propuesto por el demandando Fondo Nacional del Ahorro, pues es quien

controvierte la declaratoria del contrato de trabajo con el señor Luis Fernando Abella Rodríguez.

Pues bien, dado que el señor ABELLO RODRÍGUEZ prestó sus servicios como trabajador en misión en la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR S.A., conforme al contrato obrante a folios 369 y 370 y no se presenta discusión en cuanto sus actividades las desarrolló para el Fondo Nacional del Ahorro, en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito entre esa entidad y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.⁴, se hace necesario indicar, la contratación de trabajadores en misión⁵ mediante empresas temporales, se encuentra sujeta a lo dispuesto en el artículo 6 del decreto 4369 de 2006 el cual reza:

“Artículo 6. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.”

Conforme lo anterior, la contratación del actor para la prestación de servicios en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO como trabajador en misión, se ciñe a la causal tercera, esto es para incrementos de producción, la cual establece un término máximo de duración de 6 meses prorrogables por 6 meses más, destacando en

⁴ Situación que puede constatarse con la documental que reposa en el medio magnético de folio 69, y con la liquidación de prestaciones sociales en donde se señala como cliente al FNA (fl. 366), además tal circunstancia es aceptada por ambas demandadas en las contestaciones de la demanda (fls. 97 y 358 vto).

⁵ Artículo 4°. *Trabajadores de planta y en misión. Los trabajadores vinculados a las Empresas de Servicios Temporales son de dos (2) categorías: Trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las Empresas de Servicios Temporales.*

Trabajadores en misión son aquellos que la Empresa de Servicios Temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos. Se entiende por dependencias propias, aquellas en las cuales se ejerce la actividad económica por parte de la Empresa de Servicios Temporales.

este aspecto, en el evento de superación de dicho termino temporal, sobreviene la responsabilidad de la empresa usuaria del servicio, bajo el entendido, que se considera a esta como verdadero empleador y la empresa de servicios temporales como una simple intermediaria, en consecuencia, en caso de que la empresa usuaria no cancele los derechos laborales del trabajador en misión, la empresa de servicios temporales no queda eximida de responder solidariamente. Sobre el tema la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, tuvo la oportunidad de pronunciarse mediante sentencia de fecha 22 de febrero del año 2006, radicación No 25717⁶.

⁶ *“En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435.*

Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI –CONCESIÓN SALINAS- cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales.

Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S.del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.

Es éste entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

“ Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.” (Lo resaltado es de la Sala).

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el

Así las cosas y conforme a lo manifestado en la alzada por el apoderado del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para la Sala resulta claro que el término legal permitido para los trabajadores en misión no fue superado para el caso del señor Luis Fernando Abella Rodríguez, en tanto el contrato del actor con OPTIMIZAR S.A.. tan solo fue por **1 mes y 27 días** – del 3 de agosto al 30 de septiembre del 2015 fls. 366 y 369- es decir, no excedió ni los primeros 6 meses por los cuales se podía contratar al demandante en calidad de trabajador en misión y mucho menos superó los otros 6 meses por los cuales se podría prorrogar dicha contratación.

Téngase en cuenta, que los contratos celebrados por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO con otras empresas de servicios temporales (Activos o Servicios y Asesorías) como se señala en la declaración de los testigos Samir Berrio Sacaff⁷ y Sandra Tatiana Sandoval Gallo⁸ anteriores al 3 de agosto del 2015 y posteriores al 30 de septiembre del 2015, no pueden ser tenidos en cuenta con el fin de sumar prorrogas superiores a los 6 meses permitidos por la Ley para la contratación de trabajadores en misión, en tanto, el aquí demandante **no probó haber sido contratado para tales épocas**, pues como ya se señaló éste únicamente demandó en este ordinario por la prestación de servicios del 3 de agosto al 30 de septiembre del 2015 con Optimizar S.A., aunado a que de aceptar que en efecto existieron vinculaciones con otras EST se desconoce el cargo para el cual fue enviado en misión, razones por las cuales contrario a lo considerado en primera instancia resulta ausente el FONDO NACIONAL DEL AHORRO de responsabilidad, en el pago de las acreencias adeudadas al demandante por quien fuere su empleador OPTIMIZAR S.A., pues dicha responsabilidad, conforme a los pronunciamientos de la Honorable Corte Suprema de justicia en Sala de Casación Laboral⁹, surge de la superación del tiempo de la contratación o cuando esta se

trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones”.

⁷ Cd. fl. 646, record: 18:26

⁸ Cd. fl. 646, record: 28:11

⁹ Sentencia 3241 de 6 de julio de 2011: “No obstante lo dicho la acusación no logra su propósito puesto que, al optar por la vía directa y al manifestar su conformidad con las conclusiones fácticas del ad quem; esto es, no haber probado las demandadas, encontrándose en el deber de hacerlo, que la contratación temporal se ajustó a las exigencias de ley y que, por el contrario, al establecerse que la demandante trabajó por espacio de 9 años sucesivos en un mismo cargo- secretaria bilingüe- no se cumplieron las previsiones legales; la Sala reitera el que sigue siendo su criterio mayoritario, apuntalado en sentencia **9435 de abril 24 de 1997**, según el cual la empresa de servicios temporales y la usuaria, cuando se quebrantan los supuestos temporales del inciso tercero del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o, la contratación tiene un objeto diferente a aquél que de

hace fuera de las disposiciones legales, y en consecuencia no puede emerger de la simple prestación del servicio como Trabajador en Misión.

Nótese igualmente, si bien los testigos refirieron que el FNA impartía las directrices al demandante para el cumplimiento de sus funciones, baste con señalar que ello en nada puede representar el elemento de subordinación para la declaratoria de un contrato realidad pues como lo ha expresado la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral *“Al usuario le corresponde ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión de manera que está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero esta facultad se ejercita no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la E.S.T., pues el personal enviado depende exclusivamente de ella. En otros términos, la usuaria hace las veces de representante convencional del patrono E.S.T., con el alcance previsto por artículo 1, inciso 1 del decreto 2351 de 1965 (C.S.T. art.32) esto es que lo obliga frente a los trabajadores, al paso que ante éstos los representantes (usuarios para el caso) no se obligan a título personal, sino que su responsabilidad, en caso de incumplir lo estipulado en el respectivo convenio que autoriza la representación.”*¹⁰

Así las cosas, si bien el Juez de primer grado advirtió que pese a que el actor fue contratado por la empresa de servicios temporales Optimizar quien resultaría ser su empleador, al haberse superado el termino de contratación para trabajadores en misión por el FNA declaró a este en calidad de usuaria, como la empleadora del señor ABELLA RODRÍGUEZ, sin embargo al dejarse sin soporte tales consideraciones conforme a lo estudiado ante esta instancia, se debe tener como verdadero empleador del accionante a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES.

Ahora, siendo indiscutible la vinculación del demandante mediante contrato de trabajo a la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR del 3 de agosto al 30 de septiembre de 2015, periodo en el cual el accionante se desempeñó como trabajador en misión ante la usuaria FNA, no es dable concluir que esta última

manera exclusiva la autoriza; son solidariamente responsables respecto a las obligaciones laborales al paso que la segunda se convierte en empleador directo del trabajador.

¹⁰ Radicación 12382 del 31 de mayo del 2000.

resultó solidaria laboralmente con aquella como se solicita en la pretensión 2.1.8 (fls. 7 y 8).

Sobre el tema se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, reiterada en sentencia SL-16350 de 2014, en los siguientes términos:

“LA RESPONSABILIDAD DEL USUARIO

“Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T. Arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión.

“Resulta en suma que los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la E.S.T, como la adopción de medidas particulares respecto a los ambientes de trabajo o el suministro de elementos de protección y seguridad. Acontece que precisamente mediante el contrato con la E.S.T y con autorización legal, el usuario cancela un sobre costo sobre el valor real de la fuerza de trabajo que requiere para su actividad económica, a fin de hacerse irresponsable en lo que hace a la remuneración, prestaciones y derechos de los operarios. Desde luego, no se desconoce que por esta razón, entre otras, se ha cuestionado seriamente la institución, con argumentos cuya razonabilidad corresponde estudiar al legislador, mas ello no le resta validez jurídica a los preceptos que en la actualidad permiten y regulan su funcionamiento.

“Pero esta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, art 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

“Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones. (C.S.T, arts 14 y 43)” (Negrilla y Subrayas de la Sala).

En consonancia con tal pronunciamiento, en el caso bajo examen, dada su vinculación como trabajador directo de la empresa de servicios temporales llamada a juicio, en modo alguno el FONDO NACIONAL DEL AHORRO está llamado a responder solidariamente por las acreencias laborales que la empleadora dejó de pagarle oportunamente a su trabajador.

No sobra reiterar que el lapso de duración de la vinculación laboral se enmarca dentro del precepto legal contenido en el art. 77 de la Ley 50 de 1990¹¹, según el cual las empresas usuarias sólo pueden contratar con empresas de servicios temporales¹² por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más¹³, es decir 1 año, el que como se dijo en líneas anteriores no se superó en el presente asunto.

Ahora, en relación con la indemnización moratoria impuesta a cargo del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, parte la Sala por advertir la existencia de una la falta

¹¹ Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) mes más.

¹² Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias, para reemplazar personal en vacaciones, licencia e incapacidad por enfermedad o maternidad, o por incrementos en la producción, transporte, ventas de productos o mercancías, períodos estacionales de cosechas y prestación de servicios.

¹³ Situación regulada nuevamente en el artículo 13 del Decreto reglamentario 24 de 1998: Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

PARAGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 2 del Decreto 503 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> **Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la necesidad originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio.**

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, inspeccionará y sancionará el incumplimiento de esta disposición en los términos señalados en el presente Decreto.

de legitimación frente a la condena impuesta en su contra, por cuanto la indemnización moratoria correspondía asumirla a OPTIMIZAR S.A. en su calidad de empleador del demandante LUIS FERNANDO ABELLA RODRIGUEZ por lo ya expuesto, por ende debe revocarse parcialmente la sentencia de primera instancia para establecer que la indemnización ordenada a favor de este trabajador deberá ser pagada por OPTIMIZAR S.A. en calidad de ex empleador del actor.

Respecto de la apelación del apoderado de éste accionante, relacionada con la limitación al pago de la indemnización moratoria y dado que se definió que la verdadera empleadora es OPTIMIZAR S.A., esta Sala no estudiará dichos argumentos, pues iban dirigidos al FONDO NACIONAL DEL AHORRO quien no fungió como empleador del señor Luis Fernando Abella.

No obstante, no sobra recordar en cuanto a la limitante en el pago de dicha condena en relación con OPTIMIZAR S.A., que a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión a proceso de reorganización se encuentra prohibido ejercer algunos actos a los administradores, sin la previa autorización del Superintendente de Sociedades, como en este caso sería el pago, transacción o conciliación de la obligación a su cargo por cuenta del crédito laboral del demandante, tal como así lo prevé el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, el cual reza:

“ARTÍCULO 17. EFECTOS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE ADMISIÓN AL PROCESO DE REORGANIZACIÓN CON RESPECTO AL DEUDOR. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso”.

Al tenor de lo anterior, una vez presentada la solicitud de admisión a proceso de reorganización de la sociedad OPTIMIZAR S.A., y habiendo sido admitida la compañía, a esta no le era posible realizar pagos sin la autorización del

Superintendente de Sociedades, situación que la ubica en el campo de la buena fe en el impago de las acreencias correspondientes al actor, a partir de dicha calenda –admisión del proceso de reorganización- (15 de febrero de 2016 folio 386 vto).

Así entonces, a juicio de la Sala, si bien las circunstancias de insolvencia del empleador y sus consecuencias, no pueden ser trasladadas al trabajador, si puede apreciarse en el asunto que se estudia, la empresa demandada OPTIMIZAR S.A. actuó en ejercicio de las órdenes impartidas por la Superintendencia de Sociedades, en cuanto se determinó la imposibilidad de hacer pagos relacionados con sus obligaciones, entre otras medidas, que pueden apreciarse en el aviso de reorganización (folio 724¹⁴) por lo que la mala fe de OPTIMIZAR S.A. por su omisión en el pago se desvirtúa a partir de su admisión en el proceso de reorganización, que en el caso de autos. En similar sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia del 5 de octubre de 2005, radicado 25456¹⁵.

¹⁴ Documento extraído del CD de folio 69, impreso para mayor calidad.

¹⁵ "(...) Cuando la colegiatura resuelve la segunda instancia, plasmó como argumentos para confirmar la indemnización moratoria, que por el incumplimiento del deber de cancelar en forma oportuna las prestaciones sociales se presumía la mala fe, lo que ocurría por no haberse demostrado la razón de su incumplimiento, habiéndose aceptado en la primera audiencia de trámite que no se había cancelado las prestaciones sociales, con el argumento de que ello se debió a que se trataba de procesos que conllevaban a una liquidación, que conforme a la ley facultaban al liquidador para convocar a las personas que se creyeran con derecho a realizar algún reclamo.

Agregó el Tribunal, que es cierto que la jurisprudencia ha tenido en cuenta que el trabajador participa de las ganancias y no de las pérdidas y que el proceso de liquidación de la empresa no la exoneraba del pago oportuno de los derechos sociales al momento de finiquitar el contrato.

El censor argumentó, que la sociedad demandada “se encuentra en proceso de liquidación forzada por decisión autónoma de la Superintendencia Nacional de Salud, “y que la causa o motivo de la terminación de los contratos de trabajo no se le podían imputar”, para lo cual se apoyó en la jurisprudencia donde la Corte consideró que la situación de iliquidez y de insolvencia de una sociedad, cuya liquidación obligatoria era decretada por la autoridad competente, se convertía en un factor que evitaba la imposición de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., dado que las consecuencias de dicha liquidación impedirían la viabilidad de la empresa como unidad de explotación económica y generadora de fuente de empleo.

Pero es de advertir, que la regla sentada por la Corte no puede considerarse como absoluta hasta el punto de que siempre que una empresa se encuentre en estado de liquidación obligatoria, ese hecho automáticamente la exonere de la referida sanción, pues aún encontrándose en ese estado, es posible que incurra en actos que demuestren mala fe en el no pago de salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato de trabajo.

Tampoco puede admitirse como premisa general que las situaciones de iliquidez o de insolvencia y la intervención económica estatal sean circunstancias que impongan necesariamente la sanción regulada por el citado artículo 65 del Estatuto Sustantivo Laboral, como así lo dejó definido la Corporación, verbigracia en la sentencia del 10 de octubre de 2003, radicación 20764, en la que además recordó que los <los jueces deben valorar previamente, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de

los salarios y prestaciones adeudados a un trabajador al momento de la terminación del contrato para efectos de determinar si dicha renuencia es o no de buena fe>.

No obstante lo acotado, en el asunto de marras, debe decirse que el Tribunal edificó la condena por la indemnización cuestionada por el recurrente en una incorrecta interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque, a pesar de admitir que la demandada está en proceso de liquidación, tal como lo había expuesto la defensa, citando para el efecto y como apoyo jurídico el Decreto 663 de 1993 y la Ley 510 de 1999, no la consideró de buena fe, no sólo porque el trabajador no participaba de los riesgos o pérdidas sino de las ganancias como lo dice el Art. 28 del C.S.del T., sino porque estimó que no estaba exonerada de hacer la liquidación de las prestaciones <e incluir al trabajador dentro de los créditos de la entidad, haciéndolo parte dentro del respectivo proceso>.

Como bien puede observarse, el ad quem reconoció que la accionada estaba en proceso de liquidación por intervención de la Superintendencia Nacional en Salud conforme al Decreto 663 de 1993 y Ley 510 de 1999, y sin más investigación le fulminó condena por indemnización moratoria, no percatándose que en las Sociedades donde el Estado entra a mediar a través del Ministerio de Salud – Superintendencia Nacional de Salud -, conforme al Inciso 3° del Art. 116 de la Carta Política y artículo 116 del Decreto 663 de 1993, en armonía con los cánones 23, 24 y 25 de la Ley 510 de 1999 y 28 a 32 del Decreto 1922 de 1994, tiene la facultad de ordenar la toma de posesión para liquidar la sociedad, cuando se de alguna de las causales contempladas en la ley, como ocurrió en el asunto en estudio según se colige de la resolución 1052 de Junio 1° de 2001, en la que entre otras disposiciones ordenó la suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión y la separación de los Administradores y Directores de sus cargos, entrándose a nombrar el respectivo liquidador, que si bien es cierto continua representando a la entidad, debe ceñirse a las funciones y responsabilidad que le señala la ley.

Lo acotado indica, que a partir del ordenamiento de la toma de posesión para liquidar la empresa, decretada por resolución 1052 de Junio 1° de 2001, el liquidador no podía hacer ningún pago de obligaciones, porque se había suspendido; de allí que la defensa de la accionada, se hubiera fundado en que no se le podía imputar mala fe en la no cancelación de los salarios y prestaciones sociales debidos, pues todo obedecía a los trámites propios del proceso de liquidación social, elemento suficiente como constitutivo de buena fe; entendiéndose por ella la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente al trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos, de fácil comprensión por el Juzgador, valiéndose de todos los elementos de juicio que estén a su disposición.

Sobre el tema debatido dijo esta S ala, en sentencia del 31 de mayo de 2001, radicación 15571, lo siguiente:

<Sin duda el Tribunal Superior no apreció adecuadamente los elementos de juicio a que se refiere el ataque, pues si bien descartó la buena fe de la demandada al no cancelar los salarios y prestaciones sociales debidos a la finalización del contrato de trabajo, con fundamento en que sus dificultades económicas no la excusaban de cumplir con las obligaciones laborales, no se detuvo a analizar las consecuencias de toda índole derivadas del hecho de que la sociedad Quintex se hallara en liquidación obligatoria.

“En efecto, tal situación comporta el reconocimiento estatal, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de una extrema insolvencia que impide la viabilidad de la empresa hasta el punto de concluirse que solo procede la realización de los bienes sociales, para obtener en forma ordenada y con arreglo a la ley el pago de las obligaciones pendientes. Para el caso, ello se desprende en forma manifiesta del documento visible a folios 221 a 226 del expediente, en cuanto contiene el auto 4350 de 3 de septiembre de 1996, mediante el cual la mencionada Superintendencia dispuso, entre otras cosas, abrir el trámite de liquidación obligatoria de Quintex, embargar y secuestrar todos sus bienes, haberes y derechos y designar un liquidador.

“De otra parte, con arreglo al documento de folios 137 a 144, el liquidador y representante de la sociedad se dirigió al Ministerio del Trabajo aduciendo en suma que la liquidación obligatoria configura una fuerza mayor que suspende los contratos de trabajo y entre otras razones expuso:

“<Se observa entonces que la decisión no es por responder a una manifestación de voluntad de los administradores, ni de los acreedores, accionistas o trabajadores de la empresa, sino un acto de autoridad competente, pues impone la voluntad legal ocurrida la causal para la decisión, sin que ninguna de las anteriores personas (...) tenga la posibilidad de resistirlo.

En consecuencia de lo anterior, la sanción moratoria impuesta debía ser limitada a la admisión en el proceso de reorganización empresarial, como lo estableció el juez de primer grado.

Por sustracción de materia, se hace inocuo el pronunciamiento sobre la apelación presentada por la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A., pues esta iba dirigida a la condena impuesta al FNA lo cual como ya se vio no resulta procedente, razón por la cual se revoca la condena impuesta a esta llamada en garantía.

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación, conforme a las motivaciones precedentes, se revocará parcialmente el numeral primero de la providencia apelada para disponer que el pago de la indemnización moratoria a favor de LUIS FERNANDO ABELLA RODRÍGUEZ este a cargo de OPTIMIZAR S.A, como también se revocará la condena impuesta a la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado impuestas al Fondo Nacional del Ahorro, las cuales corren a cargo de la parte demandante LUIS FERNANDO ABELLA RODRIGUEZ.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

"<“La liquidación de la empresa trae implícita la disolución de la persona jurídica, para todos los efectos legales, situación de fuerza mayor que impide el cumplimiento del objeto para el cual fueron contratados los trabajadores...>.”

“Desde otro enfoque, es patente que el entendimiento de suspensión del contrato de trabajo ante la liquidación obligatoria, fue responsabilidad del liquidador, así como el no pago de las deudas laborales exigibles a la terminación del nexo. Ello se reconoce en la propia carta de renuncia (ver, folios 3 y 4), pero igualmente es dable desprenderlo del hecho de la liquidación. Y si bien éste funcionario actúa como representante legal, también emerge que su misión fundamental está en lograr una liquidación patrimonial rápida, progresiva y con arreglo a la ley.

“Pues bien de éstos elementos de juicio se impone concluir que la actitud del liquidador frente al demandante, obedece exclusivamente al ánimo de ejecutar cabalmente sus atribuciones y no al interés de perjudicarlo, por lo que resulta ostensible la buena fe de la sociedad en liquidación>”.

RESUELVE

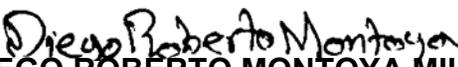
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, para establecer que la indemnización moratoria ordenada a favor del demandante LUIS FERNANDO ABELLA RODRIGUEZ deberá ser pagada por OPTIMIZAR S.A. en calidad de empleador y no por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **TERCERO** del fallo apelado, para en su lugar ABSOLVER a la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado impuestas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, las cuales corren a cargo del demandante LUIS FERNANDO ABELLA RODRIGUEZ.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ MARINA GALINDO
PAEZ CONTRA ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. (RAD. 12 2017
00253 01)**

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

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la curadora *ad litem* de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de marzo de 2020 (Cd. fol. 186, record: 39:43, acta a folio 187), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de la relación de trabajo *ESIMED ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A.* y la señora *LUZ MARINA GALINDO PAEZ* mediante contrato a término fijo, salario integral, dirección y confianza entre el 7 de marzo de 2016 hasta el 6 de marzo de 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a *ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A.* - *ESIMED* a pagar a favor de la señora *LUZ MARINA GALINDO PAEZ* la *SUMA DE \$62.441 641,17* por concepto de indemnización por despido sin justa causa, suma esta que deberá ser indexada al momento de su debido pago.

TERCERO: ABSOLVER a *ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS ESIMED S.A.* de las demás suplicas de la demanda conforme a parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: DECLARAR PROBADAS las excepciones previas formuladas por la curadora *ad litem* salvo lo que tiene que ver con el objeto de condena.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada, se señala como *agencias en derecho* la suma de *\$1.400.000* a favor de la parte actora.”

Inconforme con la decisión la curadora *ad litem* de la demandada interpuso recurso de apelación, aduciendo, que tanto dentro del plenario como con el interrogatorio que se llevó a cabo existe prueba suficiente y declaración efectuada de manera expresa por la parte demandante donde reconoce haber efectuado la prestación del servicio a la entidad denominada INVIMA de manera simultánea durante el tiempo en el que laboró para la entidad accionada, razón por la cual considera que al existir una causal se exclusividad, esa labor no debió haberse ejecutado, pues se estaba realizando dentro de los horarios o términos en el que debía estarse desarrollando la actividad para ESIMED, reiterando haber quedado probada la efectiva prestación del servicio a otra entidad y por ende afirma la justa causa del despido debe prosperar¹. (Cd. fol. 186, record: 41:01)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en éste ordinario, las pretensiones visibles a folios 100 y 101 del escrito de subsanación, las que encontraron sustento en los hechos de folios 101 a 105, solicitando se declare existió un contrato de trabajo a término fijo por 1 año desde el 7 de marzo de 2016, el cual terminó de manera unilateral por parte del empleador, en

¹ “En este estado de la diligencia me permito manifestar lo siguiente. Bajo la salvedad que actúo en calidad de curador ad litem de la parte demandada y por ende mi actuación corresponde a una actuación netamente técnica en atención al derecho de defensa y al derecho de doble instancia contemplado en la constitución nacional y que le asiste a la parte que represento, interpongo recurso de apelación de que trata el artículo 65 del código de procedimiento laboral en los siguientes términos.

El despacho a condenado a la entidad que represento en calidad de curadora ad litem, reconociendo que no existe una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, sin embargo considero que tanto dentro del plenario como en el interrogatorio que se llevó a cabo dentro de la presente diligencia existe prueba suficiente y declaración efectuada de manera expresa por la parte demandante donde reconoce haber efectuado la prestación del servicio a la entidad denominada INVIMA de manera simultánea durante el tiempo en el que laboró para la entidad que estoy representando y por ende, reiterando lo que se ha manifestado a lo largo del proceso, al existir una causal se exclusividad esta labor no debió haberse ejecutado, por lo cual se estaba realizando dentro de los horarios o términos en el que debía estarse desarrollando la actividad para ESIMED.

Como quiera que de todos los temas que fueron objeto del litigio la condena únicamente se instauró por este concepto, quedaría únicamente que el superior validara este asunto, ya que a mi juicio ha quedado probada la efectiva prestación del servicio a otra entidad y por ende puede la justa causa del despido debe prosperar. En ese sentido solicito respetuosamente al superior, se sirva revocar la sentencia aquí adoptada y en consecuencia absolver a la entidad que represento, tanto de la condena impuesta por concepto de indemnización por despido sin justa causa como del valor de las costas que fueron impuestas. Gracias ”

consecuencia solicita el pago de \$71.703.320 por concepto de salarios dejados de devengar durante los meses restantes del contrato de trabajo, la suma de \$4.481.458 por vacaciones, \$1.440.000 relacionados con gastos de alojamiento, transporte y alimentación autorizados por la accionada y que corresponden a la asistencia al foro internacional de calidad efectuado en Cartagena, los días 19 y 20 de mayo con los intereses correspondientes, el reintegro de \$1.882.212 correspondiente al descuento del 7% sobre el salario, de los meses de mayo, junio, julio y julio del 2016 para la cooperativa "Progresas" valor que fue descontados pero no consignado a dicha cooperativa, como también la suma de \$842.289 por el mismo concepto, la suma de \$298.763,63 por cada día de mora a partir del 8 de agosto del 2016, hasta el día en que se verifique el pago, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto únicamente se condenó a la accionada al pago de \$62.441.641,17 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, tras considerar el *a quo* que la demandada no probó que la demandante hubiera prestado sus servicios a otra empresa mientras se ejecutaba la labor para ésta, precisando que dado el cargo de dirección, confianza y manejo no resultaba viable endilgarle a la actora el incumplimiento de un horario de trabajo, dado que a la accionante no se le podía determinar una prestación de servicio en un horario determinado. Respecto de los restantes anhelos, indicó no probarse la causación de los valores reclamados y no ser viable la condena por no indemnización moratoria dado que no hubo incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales.

Previo a efectuar el estudio correspondiente, advierte la Sala, no es objeto de controversia en esta instancia, la existencia del contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes el cual tuvo vigencia del 7 de marzo al 8 de agosto del 2016 fecha en que la accionada terminó el contrato por decisión unilateral, como tampoco el cargo para el cual fue contratada la actora ni el salario mensual integral de \$8.962.915, aspectos que además de ser señalados por el *a quo* sin que fueran objeto de apelación, se encuentran acreditados con la documental visible a folios 28 a 30 (cto de trabajo) y 61 a 66 (carta de terminación).

De tal manera, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en el punto concreto objeto de censura, esto es, la indemnización por despido sin justa causa por el incumplimiento de la cláusula de exclusividad pactada en el contrato,

atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*), precisándose tal situación de contera descarta el estudio de las demás circunstancias o hechos por los cuales se terminó del vínculo laboral.

En esa dirección, en lo que corresponde al despido, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., *“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)”* por manera que la terminación del contrato de trabajo, corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el párrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, advirtiendo, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa.²

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta los argumentos de la alzada, deberá examinarse si los supuestos fácticos alegados por la accionada en la misiva de despido tuvieron ocurrencia y si constituyen verdaderamente justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, concretamente lo relacionado con el incumplimiento de la cláusula de exclusividad pactada.

De tal suerte, como se anunció al inicio, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada, en

² Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz
“(...) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono.” la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley... ”

comunicación calendada del 8 de agosto del 2016 (fls. 61 a 66), misiva en la que se señaló como causas del despido las siguientes:

“(...) Abordando cada uno de los problemas jurídicos planteados al inicio de esta decisión, es claro que no se requiere precisar en detalle, ni identificar, ni individualizar de manera clara, el incumplimiento de las obligaciones laborales relacionadas con la jornada laboral, por cuanto, a lo manifestado por la propia trabajadora, y de las versiones de los testigos, se determinó que mantiene otros compromisos laborales ajenos a ESIMED S.A. siendo esto la causa del incumplimiento reiterado con la jornada acordada, si bien es cierto, como lo afirma la disciplinada, desde el momento de su ingreso a esta compañía, ha venido prestando también sus servicios profesionales con otra entidad.

(...)

Del mismo modo, si aduce que desde el momento de la vinculación, la gerencia general, en cabeza de la Dra. Niria Guerrero, conocía de sus compromisos profesionales con otra entidad, debió exigir modificación, aclaración o eliminación de la cláusula segunda del contrato de trabajo; sin embargo, como no acreditó o probó lo contrario en este proceso, la empresa tomará por cierto, que no contaba con autorización expresa del empleador para desempeñarse como asesora o acompañar el proceso de certificación de calidad con otra empresa, contraviniendo de esta manera dicha disposición.

Aunado a lo anterior, también se observa que como consecuencia de la actividad que desarrolla en otra entidad, ha venido reiteradamente, desde el momento de su contratación, incumpliendo con el deber de prestar sus servicios personales, siendo este un elemento esencial de una relación de trabajo. Además, tampoco comparte la compañía que el cargo de Directora Nacional de Calidad, le atribuya de disponer unilateralmente de su propia jornada de trabajo, pues se desbordaría también otro elemento esencial de una relación laboral, como es la subordinación, lo cual no estaríamos ante un contrato de trabajo.

(...)

Resulta entonces, que dicha prerrogativa de alternar la prestación personal con otra entidad, es excluyente con el proceso de su vinculación laboral, pues al momento de firmar el contrato de trabajo en calidad de subordinado, se comprometió a cumplir un horario laboral, exclusividad contractual, así como las demás obligaciones que lo rigen; de esta manera, luego de conocerse que ostenta simultáneamente otro trabajo, desborda la esencia de su vinculación, lo que da lugar al incumplimiento de dicho contrato.

(...)

Corresponde a esta Empresa aclarar que al momento de firmar el contrato de trabajo, se comprometió a prestar de manera exclusiva el servicio con Estudios e Inversiones Medicas ESIMED S.A., así como guardar exclusividad al mismo, por este motivo, no nos avenimos a sus manifestaciones, por cuanto conocía desde el momento de su ingreso, la prohibición de prestar sus servicios profesionales en otras empresas, sin importar el cargo o las funciones, lo cierto es, que requería autorización expresa de ESIMED S.A. para alternar dos empleos. De este modo, aunque manifieste que desde el requerimiento del 28 de junio del 2016, ha venido cumpliendo con el horario laboral y registrando su ingreso y salida, lo cierto es, que desde su vinculación ha venido incumpliendo con la jornada laboral, además contrariando la obligación de prestar con exclusividad el servicio y de no poder

contratar directa o indirectamente servicios profesionales con otra entidad, salvo con autorización expresa del empleador, situación que no logró demostrar.

Al manifestar usted también, que el cargo de Directora Nacional de Calidad, en de dirección, confianza y manejo, no la obliga a cumplir con un jornada máxima o la convencional, su apreciación normativa es equivocada, siendo necesario aclarar dicha figura, indicando que aunque ostente dicha prerrogativa legal, no la faculta de manera directa y unilateral ejecutar la prestación del servicio bajo sus propias reglas laborales; por el contrario, al encontrarse subordinada, debe ceñirse a las instrucciones y directrices que le imparta la empresa.

(...)

Así las cosas, en donde no logró demostrar la autorización expresa del empleador conforme a la exigencia contractual para poder prestar sus servicios profesionales en otra entidad, se configura una transgresión a las disposiciones contractuales lo que faculta a la empresa para tomar la decisión unilateral de dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa, además es evidente que la mayor parte del tiempo de la jornada laboral está dedicada al desempeño de su actividad de asesorar o acompañar el proceso de certificación de calidad, agravando aún más el incumplimiento al contrato de trabajo.

Con base en los anteriores argumentos, no queda duda para la empresa que usted no obró de buena fe en la relación laboral, así como incumplió con la obligación de desarrollar sus actividades con exclusividad y no colocando al servicio de la compañía, toda su capacidad normal de trabajo.

Siendo la anterior conducta grave, pues se quebrantó la confianza depositada, esto debido a que usted a sabiendas de conocer la prohibición de no poder prestar sus servicios profesionales en otra entidad, e incumplir con la prestación personal del servicio, al ocupar la mayor parte de su tiempo laboral para atender otras actividades ajenas a las contratadas, en adelante resulta imposible recuperar la credibilidad en el desarrollo de sus actividades.”

En ese orden, frente a la causal invocada en la misiva de despido, se advierte, en la diligencia de descargos rendida por LUZ MARINA GALINDO PAEZ el 28 de julio de 2016 (folios 51 a 57), esta indicó: “... yo explique que desde el ingreso a la empresa, yo le informe a la señora Gerente que tenía previamente un compromiso a través de un contrato que venía ejecutando y este tenía un plazo establecido hasta finales del mes de julio de 2016, y concertamos con ella la presencia que ella me requería entendiendo siempre que debía acompañarla a los eventos que ella requiriera y las tareas que ella pues me asignaba ... yo le exprese al Dr. Sergio Velez, esta situación que desde el ingreso había tenido ese acuerdo el me expreso abiertamente que no podía continuar teniendo o manteniendo este acuerdo, incluso yo le exprese la necesidad de cerrar el ciclo de ese proceso, y me expreso que tenía que hacerlo un sábado u otro día no laboral, y a partir de ese momento la actividad que realizaba lo hice a través de teletrabajo. La actividad que yo realizaba era de asesor o acompañar un proceso de certificación de calidad con otra empresa” (fls. 52 vto y 53).

Igualmente en los hechos de la demanda se expresó (fl. 102):

“SEPTIMO: Previo a la vinculación de la señora LUZ MARINA GALINDO PÁEZ a ESIMED S.A. ésta le informó a la Gerente y representante legal de la sociedad, doctora NIRIA JANITH GUERRERO GUERRERO, que se encontraba asesorando al INVIMA en un proceso de certificación internacional el cual finalizaría en el mes de junio de 2016, con quien había suscrito un contrato de prestación de servicio.

OCTAVO: La gerencia de la Entidad acepto expresamente la vinculación anterior con el INVIMA, en razón a que sus funciones no guardaban relación directa con las labores que desarrollaría como Directora Nacional de Calidad.”

Y en el interrogatorio de parte que absolvió la accionante (Cd. fl. 186, record: 9:32) adujo que si bien existía una cláusula de exclusividad pactada en su contrato de trabajo, las labores desarrolladas con otra entidad no eran incompatibles porque eran procesos totalmente diferentes.

Ahora, debe tenerse en cuenta que en la cláusula segunda del contrato de trabajo (folio 28) la trabajadora se obligó *“a poner al servicio del EMPLEADOR en forma exclusiva toda su capacidad normal de trabajo en el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado y en las labores anexas, conexas o complementarias del mismo”* y a *“no prestar directa ni indirectamente servicios retribuidos de carácter laboral o profesional a personas naturales o jurídicas, ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio salvo autorización expresa y escrita de EL EMPLEADOR”*.

En ese contexto, le corresponde entonces a la Sala dilucidar si la cláusula de exclusividad de servicios pactada entre las partes, fue ignorada por la demandante al suscribir un contrato de prestación de servicios con el INVIMA (conforme se expresa en el hecho 7 del libelo fl. 102) y, por ende, si constituyó justa causa de terminación del contrato laboral, tal y como lo concluyó la accionada.

Pues bien, respecto de este tema la jurisprudencia de H. Corte Suprema de justicia en su Sala de Casación Laboral ha manifestado *“que conforme al artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, la regla general es que una persona puede prestar servicios a varios patronos, a menos que se hubiera pactado expresamente lo contrario, caso en el cual, en consideración del principio de la buena fe contractual, consagrado en el artículo 55 del estatuto sustancial del trabajo, y por tratarse de un pacto que no contraría regla de derecho alguna, al*

trabajador le queda vedada la posibilidad de prestar servicios a otro empleador, de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad, y si los llegare a prestar, indudablemente, estaría incurriendo en un incumplimiento contractual, que si se encuentra catalogado como grave, faculta al patrono para dar por terminado, unilateralmente y con justa causa, el contrato de trabajo” (CSJ SL – Rad. 390078 del 23 de noviembre del 2010)

Así mismo en la sentencia SL 1715-2016, Radicación 48715 del 27 de enero de 2016 refirió:

“Luego, de acuerdo con la doctrina de la Sala, para que pueda constituirse la justa causa de despido basada en la violación de la cláusula de exclusividad deben concurrir al menos dos circunstancias de hecho: (i) que las partes hubieren pactado la susodicha cláusula y, (ii) que pese al pacto, el trabajador hubiere prestados servicios «de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad» a otro empleador.”

En el presente asunto, como antes se dijo, no existe duda de que las partes pactaron una cláusula de exclusividad que, mirada en su tenor literal, indica que estaba circunscrita o limitada no prestar directa ni indirectamente servicios retribuidos de carácter laboral o profesional a personas naturales o jurídicas, ni a trabajar por cuenta propia en el **mismo oficio**.

En ese orden, y en aras de resolver la apelación resulta menester establecer, si la ejecución de las actividades contractuales derivadas del contrato de prestación de servicios suscrito por la actora con el INVIMA eran de la misma especie de las que ejecutaba en condición de Directora de Calidad de la entidad demandada.

No obstante, desde ya debe anunciar esta Sala de decisión en el *sub lite* no se evidencia en forma alguna que la accionante desarrollaba sus actividades contractuales con el INVIMA, durante el horario de trabajo convenido con la demandada, pues frente a este punto ninguna prueba se adoso a los autos por parte de la accionada ESIMED, aunado a ello tampoco se acreditó cual fue esa función desarrollada por la demandante a favor de la otra entidad, ya que frente a este punto tan solo obran las manifestaciones de la propia actora dadas en el hecho séptimo de la demanda -“*en un proceso de certificación internacional*”- y en la diligencia de descargos -“*La actividad que yo realizaba era de asesor o*

acompañar un proceso de certificación de calidad con otra empresa”-, de donde se puede extraer que su función era la de ASESORAR al INVIMA.

Advirtiéndose en relación con las funciones de DIRECTOR DE CALIDAD la actora aportó a folios 42 y 43 un documento de donde se puede extraer que dicho cargo estaba dirigido a *“orientar, dirigir, planificar, organizar y controlar los procesos, procedimiento relacionados con la implementación de un sistema de gestión de la calidad, con el fin de asegurar el cumplimiento de sus estándares y normas, para favorecer la mejora continua”*.

También se encuentran los dichos de la testigo CARMEN ROJAS (Cd. 186, record: 5:38) quien refirió haber trabajado para la demandada del año 2015 al 2018 y saber que la accionante era la Directora de Calidad a Nivel Nacional encargada de realizar las auditorias de cada una de las clínicas que se tenían a cargo por ESIMED.

De esta manera, lo que se puede extraer es que si bien la demandante en efecto ejerció funciones para otra entidad, pues así lo confesó, lo cierto es que las mismas estaban relacionadas con procesos previos en aras de obtener una certificación de calidad para el INVIMA, mientras que las labores desarrolladas para ESIMED se basaron principalmente en la realización de auditorías de las sedes que hacen parte del grupo ESIMED pues así lo refirió la testigo quien merece plena credibilidad, en tanto sus dichos fueron espontáneos y sin ánimo de favorecer a las partes aquí en contienda, sumado a que conforme a la documental de folio 42 la labor de Directora de Calidad estaba orientada a implementar sistemas de gestión de calidad, esto es, la revisión de las operaciones, productos y servicios de la accionada, con el objetivo de identificar áreas que puedan requerir mejoras de calidad y como en el mismo legajo se indica *“asegurar el cumplimiento de sus estándares y normas”*, por ende la labor que la actora ejerció como DIRECTORA NACIONAL DE CALIDAD de ESIMED no es afín con los procesos previos que realizó a través de asesorías para la obtención de una certificación de calidad con el INVIMA.

Razones por la cuales se ha de concluir que las actividades contractuales pactadas con el INVIMA, no resultan ser *«de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad»*, pues mientras esas eran de asesoría

en un proceso previo de acreditación de calidad, las convenidas en el contrato de Trabajo con ESIMED, eran las de dirección, confianza y manejo (cláusula 5ta cto de trabajo fl. 28 vto) propias del cargo de Director Nacional de Calidad que atrás se refirieron.

Por lo que del análisis en conjunto y pormenorizado de las pruebas obrantes dentro de este litigio, se puede concluir que la actora no violó la cláusula de exclusividad circunscrita o limitada al desarrollo del mismo oficio con una persona natural o jurídica distinta a la accionada y en ese orden al encontrarse que en efecto el despido de la demandante por parte de ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. fue sin justa causa, resulta atinada la decisión de primera instancia de condenar a dicha sociedad a la indemnización contemplada en el artículo 64 del C.S.T el cual expresa:

“En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; (...)”

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y habiéndose arribado las mismas conclusiones halladas por la *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

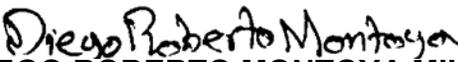
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

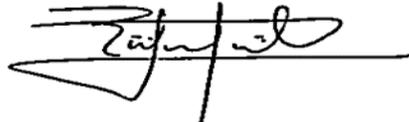
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

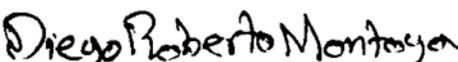


RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTA D.C.
SALA LABORAL**

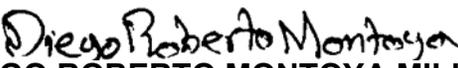
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA SANTAMARIA DE TELLEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- (RAD. 16 2018 00058 01).

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada MARIA ELENA FIERRO GARCÍA como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, como representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (folio 138).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 129 a 134 y 135 a 141), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 2º del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión recurso de apelación presentado por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de mayo de 2020 (Cd folio 123, récord 47:55 acta a folio 124 y 125) en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones que fueron

incoadas en su contra por la señora MARINA SANTAMARÍA DE TÉLLEZ identificada con cedula de ciudadanía No. 41.387.472.

SEGUNDO: *Se ACOGE la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas, que fue alegada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, y por el resultado de la litis se abstiene el despacho a pronunciarse sobre los demás medios exceptivos.*

TERCERO: *Se CONDENA en costas de la instancia a la parte actora. Practíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto de \$350.000 moneda corriente como valor de las agencias en derecho.”*

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación señalando, el Despacho no tuvo en cuenta o no aplicó el principio de la condición más beneficiosa en materia de pensiones, así como tampoco las sentencias T-564 de 2015, T-415 de 2017, T-525 de 2015 y T-155 de 2018.

De otro lado refiere, aunque se adujo en la sentencia que el causante solo había cotizado 71 semanas al Seguro Social, lo cierto es que al momento del fallecimiento este “*tenía cotizado al sistema un total de 771 semanas*” por lo que le asiste derecho al reconocimiento de la prestación al amparo del “*Acuerdo 049 de 1990*”¹ (Cd folio 123, récord 48:58, acta a folio 124 y 125).

Como quiera que no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARINA SANTAMARÍA DE TELLEZ en este ordinario las pretensiones relacionadas a folios 44 y 45, las cuales sustenta en los supuestos fácticos expuestos a folios 45 y 46, aspirando principalmente se declare que el señor TEOFILO TELLEZ (Q.E.P.D) cotizó para pensión 84,71 semanas con la Policía Nacional, 615 con el Ministerio

¹ “*Interpongo recurso de apelación, el despacho no tuvo en cuenta o no aplicó el principio de la condición más beneficiosa en materia de pensiones de la que habla el honorable magistrado Luis Javier Osorio López en radicado número 2893 de 2006. Así mismo, no se tuvieron en cuenta las sentencias de la honorable Corte Constitucional, la T-564 de 2015, T-415 de 2017, T-525 de 2015 y T-155 de 2018 la cuales son muy explícitas.*

El despacho en su sentencia dice que cotizó 71 semanas para el Seguro Social, hoy COLPENSIONES, pero téngase en cuenta que el señor al momento de su muerte tenía cotizado al sistema un total de 771 semanas, por tanto, sí le asiste el derecho de acuerdo al acuerdo 049 de 1990. Por ende, le solicito al honorable magistrado ponente del presente asunto, se sirva revocar la sentencia emitida por el señor juez y se tengan en cuenta las pretensiones solicitadas, ya que en el juicio presentamos tanto las pruebas documentales como testimoniales de que sí le asiste el derecho a la señora MARINA DE TÉLLEZ de la pensión de sobrevivientes. Muchas gracias su señoría.”

de Justicia y 71,43 en el Instituto Colombiano de Seguro Social. Atendiendo lo anterior, se le reconozca como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en los términos legales, en condición de cónyuge supérstite del causante. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor la prestación reclamada a partir del 30 de julio de 1981, data de fallecimiento del causante, debidamente reajustada e indexada, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones**, pues se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar, que el señor TEOFILO TELLEZ (Q.E.P.D) no dejó causada la prestación que reclama la demandante, pues en los términos del Decreto 3041 de 1966, vigente para la época del fallecimiento, se requería contar con 150 semanas en los 6 años anteriores, 75 de las cuales debían corresponder a los últimos 3 años, empero el *de cuius* sólo contaba con 71,43 semanas efectivamente cotizadas al sistema advirtiendo la imposibilidad de adicionar los tiempos públicos laborados por no estar así previsto en la norma. En todo caso, también advirtió, aun cuando se consideraran estos tiempos laborados en el sector público, lo cierto es que no se cumplía con el presupuesto de las 75 semanas en los 3 años anteriores al deceso. Para ahondar en razones, ilustró no ser posible dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa en tanto ella lo que permite es la aplicación de una norma anterior, pero en este caso, la norma anterior no preveía el derecho a una pensión de sobrevivientes en caso del fallecimiento del afiliado.

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto de debate que:

- i) El señor TEOFILO TELLEZ, falleció el 30 de julio de 1981, tal y como se constata con la copia de registro civil de defunción que milita a folio 6.
- ii) El causante laboró entre el 4 de febrero de 1961 y el 22 de septiembre de 1962 al servicio de la Policía Nacional como Agente, periodo durante el cual no efectuó cotizaciones a ninguna caja o fondo, así como tampoco al Instituto de Seguros Sociales, según se verifica del certificado de información laboral que reposa a folio 18 de las diligencias. Del mismo modo, se tiene que prestó sus servicios al Ministerio de Justicia del 17 de octubre de 1963 al 8 de julio de 1965 como “*guardián*” y del 23 de abril de

1966 al 15 de julio de 1976 como “*dragoneante*”, lapso durante el cual efectuó cotizaciones a CAJANAL, tal como consta en la certificación expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (folio 19).

- iii) El señor TEOFILO TELLEZ cotizó al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES 71,43 semanas entre el 17 de marzo de 1980 y el 29 de julio de 1981, lo que se desprende igualmente del reporte expedido por la Administradora y que milita a folio 91 de las diligencias.
- iv) La calidad de cónyuge que ostenta la demandante MARINA SANTAMARIA, respecto del causante TEOFILO TELLEZ (folio 7) documento en el que se constata que la pareja contrajo nupcias el 24 de diciembre de 1976.

En ese orden, procede la Sala a verificar si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama.

En primer lugar, sea del caso recordar, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de precisar, es la data del deceso del pensionado lo que delimita el marco normativo dentro del cual debe adelantarse el estudio de la prestación solicitada, hecho que en el *sub examine* acaeció el 30 de julio de 1981 (folio 6).

Ahora bien, en el asunto de marras debe tenerse en cuenta además, que la pensión de sobrevivientes que hoy por hoy se conoce, ha tenido todo un desarrollo histórico y que, antes de la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social -Ley 100 de 1993-, no existía un régimen unificado para los trabajadores del sector público y privado, e incluso, se encontraban marcadas diferenciaciones aún dentro de estos; precisamente lo que se buscó con la expedición de la Ley 100 de 1993, fue superar las disyuntivas y eliminar las diferencias existentes entre los sectores, unificando la reglamentación de los servidores públicos y los trabajadores particulares.

Entratándose de afiliados al Instituto de Seguros Sociales, como en el caso de autos, la disposición que regía al momento del deceso del causante era el Decreto 3041 de 1966, por el cual se aprobó el Acuerdo 224 de ese mismo año que adoptó

el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, en cuyo artículo 20 preceptúa:

“ARTICULO 20. Cuando la muerte sea de origen no profesional, habrá derecho a pensiones de sobrevivientes en los siguientes casos:

a. Cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5o para el derecho a pensión de invalidez;

b. Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando de pensión de invalidez o de vejez según el presente reglamento.”

A su turno, el artículo 5 de ese mismo cuerpo normativo previó:

“ARTICULO 5o. Tendrán derecho a la pensión de invalidez los asegurados que reúnan las siguientes condiciones:

a. Ser inválido permanente conforme a lo preceptuado en el artículo 45 de la ley 90 de 1948;

b. Tener acreditadas ciento cincuenta (150) semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez, setenta y cinco (75) de las cuales deben corresponder a los últimos tres (3) años.” (Subrayas de la Sala)

En ese orden, para causar el derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos del Acuerdo 226 de 1990, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, se requiere que el afiliado haya cotizado no menos de 150 semanas en los 6 años anteriores a su deceso, de las cuales 75 deben haberse realizado en los 3 años previos al fallecimiento.

Descendiendo al caso de autos se tiene que según el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por Colpensiones (folio 91), el señor TEOFILO TELLEZ solo cotizó al sistema un total de 71,43 semanas entre el 1 de marzo de 1980 y el 29 de julio de 1981, las cuales resultan insuficientes para acceder a la prestación reclamada.

Ahora, pretende la demandante que, además de las semanas efectivamente cotizadas al ISS -hoy Colpensiones-, se tengan en cuenta los tiempos laborados en la Policía Nacional y el INPEC (folios 18 y 19), los cuales corresponden a 708,71² semanas.

²

POLICIA	4/02/1961	22/09/1962	595
---------	-----------	------------	-----

Al punto sea del caso señalar no es posible que, en virtud de la aplicación del Acuerdo 226 de 1966 se tengan en cuenta tiempos públicos y privados, por cuanto dicha disposición no previó esa posibilidad, siendo necesario para adquirir el derecho a la luz de esta disposición que se hayan realizado efectivamente las cotizaciones al sistema. Así lo asentó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL943 de 2020, en la que señaló:

“Ahora bien, frente a la suma de tiempos públicos y privados, para lograr la aplicación del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de la misma fecha, la Sala advierte, que, como lo dejó claro el juez de alzada, ello resulta inviable, pues en este caso la regla es que se realicen cotizaciones, por tratarse de normas inherentes al Instituto de Seguros Sociales así como lo es el Acuerdo 049 de 1990, del cual se dijo en la sentencia CSJ SL5113–2019:

De igual forma, tampoco erró el sentenciador de segunda instancia, al considerar que no es posible sumar tiempos cotizados al Seguro Social y los servidos a entidades públicas (no cotizados) para completar la densidad de semanas requeridas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aun en concordancia con el párrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por cuanto esa disposición no contempla esa acumulación de manera expresa.

Y es que, como también lo resaltó el Tribunal, el Acuerdo 224 de 1966, tampoco contemplaba la opción de sumar aportes con cotizaciones, como lo plantea la actora.” (Subrayas del texto original)

Es importante precisar, si bien la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1947 de 2020, modificó el criterio sentado frente a la posibilidad de acumular tiempos públicos y privados cuando se procura la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 (que es un reglamento del ISS, como el Acuerdo 226 de 1966), tal postura solo resulta aplicable en aquellos eventos en que la prestación se erigiera bajo el amparo del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, debido a que, esta última norma, en su artículo 33, sí se contempló la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados. Puntualmente, sostuvo esa Corporación:

“(…)

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar

INPEC	17/10/1963	8/07/1965	630
INPEC	23/04/1966	15/07/1976	3736
TOTAL DÍAS			4961
TOTAL SEMANAS			708,7142857

todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En tal dirección, así debe entenderse el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.”

En esa oportunidad la Corte aclaró que el trato diferenciado entre aquellos a quienes se les aplica el Acuerdo 049 de 1990 en plena vigencia de dicha disposición, respecto de los que se benefician de esta por aplicación del régimen de transición, no constituye un trato desigual o privilegiado pues esa sola situación no constituye un parámetro válido de comparación. Al tema señaló:

“(…)

Por último, la Sala considera oportuno referirse al razonamiento del Tribunal, según el cual la sumatoria de tiempos referida crea un trato privilegiado o desigual entre quienes (i) se pensionaron en plena vigencia del Acuerdo 049 de 1990 y (ii) aquellos que pueden lograrlo en virtud de ser beneficiarios del régimen de transición bajo la acumulación de tiempos públicos y privados con y sin cotización.

Al respecto, es preciso señalar que tal argumento no configura un criterio válido de comparación (patrón de igualdad o tertium comparationis), dado que las personas que se pretenden asimilar no están en la misma situación fáctica. Nótese que el primer grupo aludido obtuvo la protección del entonces vigente sistema de pensiones, mientras que los segundos pretenden acceder a un derecho pensional bajo un nuevo marco legal y constitucional.

En todo caso, es importante destacar que la Ley 100 de 1993 pretendió superar las deficiencias del anterior sistema pensional caracterizado por la baja cobertura, la fragmentación o multiplicidad de regímenes y la inequidad, para así garantizar progresivamente la cobertura de todas las contingencias que afectan las condiciones de vida de todos los habitantes del territorio nacional. En estos objetivos transitan los principios de integralidad y universalidad - preámbulo, artículos 1 a 3 de la Ley 100 de 1993, y 48 de la Constitución Política-, que son fiel desarrollo de instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad y procuran la garantía progresiva de la seguridad social, como los preceptos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (C-504-2007) o el 9.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

No se trató entonces de un privilegio otorgado por el legislador a los beneficiarios del régimen de transición, sino de darle contenido y valor al hecho de trabajar (CSJ SL14215-2017).”

En los términos anteriores, no es posible aplicar, *mutatis mutandis*, la postura adoptada por la Corporación de cierre de esta jurisdicción al caso de autos, por cuanto en ella misma se precisa, tal como se ilustró, esta acumulación de tiempos de servicios públicos y privados solo resulta predicable frente a las pensiones causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, bien por manera directa o por régimen de transición, dada la posibilidad que estableció esa misma norma, situación, que como se precisó de manera precedente, no está así advertida en el Decreto 3041 de 1966 que regula el asunto bajo estudio.

No obstante, si en gracia de discusión se tuviera en cuenta el servicio público laborado por el *de cujus* a la Policía Nacional y al Ministerio de Justicia -INPEC-, ni aun así se cumplirían las exigencias del artículo 20, en concordancia con el artículo 5, del Acuerdo 226 de 1966, pues en los 6 años anteriores al deceso (30 de julio de 1975 a 30 de julio de 1981) solo cuenta con 121,57³ semanas que resultan insuficientes para acceder a la pensión -se requieren 150- ni tampoco con 75 en los últimos 3 años, ya que solo tenía las 71,43 cotizadas en el ISS hoy COLPENSIONES (folio 91)

De otro lado, para responder los planteamientos expuestos en la alzada, no luce posible aplicar el Acuerdo 049 de 1990, porque, al momento del fallecimiento del señor TELLEZ no se encontraba vigente.

En este punto cabe precisar, no resulta procedente la aplicación retrospectiva de dicha disposición para regular una situación jurídica que se consolidó antes de su vigencia, en virtud del principio de irretroactividad de la Ley el cual establece que una norma nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia, ello, conforme lo previsto en el artículo 16 del C.S.T., el cual dispone:

“ARTICULO 16. EFECTO. 1. Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.”

En ese mismo sentido, valga apuntar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional que alude desconocida la parte actora, no resulta predicable al examine por cuanto, en dichas sentencias (T-564 de 2015, T-415 de 2017, T-525 de 2015 y T-

³ 50,14 en el INPEC + 71,43 Colpensiones =121,57 semanas.

155 de 2018) solo se permite la aplicación retrospectiva de la ley, entratándose de la pensión de sobrevivientes, en aquellos casos específicos en que, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, los beneficiarios no tenían oportunidad de acceder a la prestación dada la ausencia de regulación al respecto. De hecho, para que proceda su aplicación, se requiere, entre otros presupuestos, precisamente que no estuviera vigente la figura de la pensión de sobrevivientes. Así, por ejemplo, en la sentencia T-564 de 2015, se asentó:

*“Considera la Corte que, en los eventos en los cuales (i) el afiliado falleció, habiendo cotizado una elevada cantidad de años al sistema (como los que ha tratado hasta ahora la jurisprudencia), (ii) sin que haya configurado derecho pensional alguno que le sea posible sustituir y (iii) **sin que al momento de su muerte haya estado vigente la figura de la pensión de sobrevivientes**, es mandatorio concluir que su situación jurídica no se ha consolidado jurídicamente y, por ello, resulta admisible la aplicación retrospectiva del ordenamiento jurídico actual en lo relacionado con la figura de la pensión de sobrevivientes. Ello, como producto del (1) anormal vacío regulatorio que existía en relación con una institución que permitiera mitigar los efectos del acaecimiento de esta especial contingencia; (2) el desproporcionado e irrazonable estado de desprotección en el que, como producto de dicho vacío, se encuentran inmersos; y (3) la ausencia de resolución definitiva del conflicto.”*

Así las cosas, y como quiera que la demandante no accede al derecho pensional por razón distinta a la ausencia de regulación de la prestación, no es viable acomodar la jurisprudencia de la Corte Constitucional al caso bajo estudio como lo alude la recurrente.

De otra parte, tampoco resulta plausible dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa para aplicar el Acuerdo 049 de 1990, en razón a que, tal como lo asentó el juez de primer grado, este principio opera cuando en el cambio normativo el legislador no ha previsto un régimen de transición y ocurre una modificación sustancial en los requisitos legales para acceder a la prestación, y en esa medida, si se cumplen las exigencias de la preceptiva inmediatamente anterior, aunque el riesgo se estructure bajo la reglamentación posterior, puede acudir a aquella en aras de proteger una expectativa legítima.

En términos del órgano de cierre de esta jurisdicción, el postulado de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características, a saber: i) Es una excepción al principio de la retrospectividad; ii) opera en la sucesión o tránsito legislativo; iii) procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro; iv) entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia

alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva; v) entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia –expectativas legítimas- habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada, y vi) respeta la confianza legítima de los destinatarios de la norma, incluso, para situaciones con un derrotero fáctico distinto al de autos, la Corte precisó a través de la sentencia SL4650 de 2017 -con relación a la aplicabilidad del principio de la condición más beneficiosa en pensión de sobrevivientes- que debían darse en el tiempo unas condiciones de acuerdo a la normatividad que pretendía aplicarse al caso particular, considerando además, la data en que haya acaecido el deceso.

Conforme lo anterior, la condición más beneficiosa es un mecanismo que procura minimizar la rigurosidad de la aplicación irretroactiva de la Ley, no así para permitir la invocación de una norma de una norma posterior a una situación consolidada de manera anterior a su vigencia, como aquí se aspira.

En consonancia con lo analizado, es claro que no prosperan las pretensiones del líbello pues la demandante no tiene derecho a la prestación a la que pretende.

Agotada como se encuentra esta instancia y habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la Juez *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

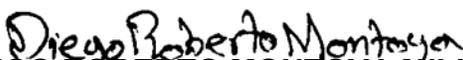
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

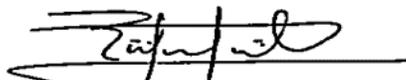
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones que preceden.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

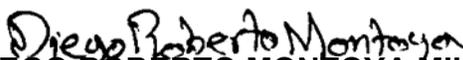
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$ 200.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PATRICIA ALZATE CHAVEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES trámite al que se vinculó como terceros ad excludendum a JUAN DAVID MEDELLÍN ALZATE Y ZOILA ELENA PULIDA DE MEDELLÍN (RAD. 16 2018 00209 02).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte actora (folios 181 a 185), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en los numerales 1 y 2 del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, proceden al estudio de los recursos de apelación interpuestos contra el auto que negó la nulidad y la sentencia de primer grado, y en consecuencia profieren la siguiente

PROVIDENCIA

Inicialmente, decide la Sala el recurso apelación interpuesto por el apoderado de ZOILA ELENA PULIDO, contra el auto proferido por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito, en audiencia celebrada el 27 de mayo de los corrientes, mediante el cual no accedió a la nulidad propuesta por este extremo procesal con base en el artículo 133 del C.G.P. y 29 de la Constitución Política la cual fundamento básicamente en dos aspectos i) la indebida representación de COLPENSIONES y la ii) la falta de agotamiento de la reclamación administrativa. Lo anterior tras considerar el juzgador de primer grado, de una parte que, además de que el incidentante no estaba legitimado en la causa para promover esa nulidad, lo cierto era que de las diligencias no se advertía irregularidad alguna. Adicionalmente, en relación a la falta de reclamación

administrativa, a más de encontrar que si se surtió la misma aclaró que, de no haber sido presentada en todo caso había operado el saneamiento de dicha deficiencia por no haberse propuesto la excepción previa en su debida oportunidad (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 20:41, parte 1).

Inconforme con la decisión, el apoderado de la señora PULIDO DE MEDELLÍN, interpone recurso de apelación señalando, la nulidad planteada no se refiere a la indebida notificación de COLPENSIONES, pues su inconformidad radica, en síntesis, en el acto de apoderamiento que se hizo de manera anterior a la data en que se notificó a esa entidad, advirtiendo, el poder de sustitución tiene fecha de presentación el 21 de septiembre de 2018, data anterior a que la entidad fuera “*sujeto procesal*” y en ese sentido, debió tenerse por no contestada la demanda por parte de COLPENSIONES por haber sido contestada el 24 de octubre de 2018 con una sustitución de poder que hiciera JORGE ELIECER PABÓN MORALES quien no tenía como sustituir el poder porque el mismo no había sido reconocido como apoderado.

De otra parte, frente al argumento de la legitimación en la causa, estima verse afectada con la contestación de la demanda pues está pretendiendo que la administradora le reconozca el derecho para sí, de allí que si cumpla con dicho presupuesto, enfatizando, las nulidades procesales pueden ser formuladas en cualquier tiempo antes de la sentencia.

Con relación al “*agotamiento de la vía gubernativa*” asegura que esta se concluye con la interposición de los recursos debiendo esperar que la administración le conteste, situación esta última que dice, en el asunto no ocurrió, pues antes de que ello suceda o que transcurra un mes, no podía la demandante acudir a la jurisdicción.

De no declararse la nulidad, solicita en subsidio se tenga por no contestada la demanda por parte de COLPENSIONES¹(Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 20:56, parte 1).

¹ “*Conforme a lo establece el artículo 56 del C.P.T y la S.S. me permito interponer el recurso de apelación contra el auto que decidió la nulidad procesal en el presente proceso.*”

Entonces sea lo primero decir que en ningún momento la nulidad planteada expresó que Colpensiones no esté debidamente notificada, lo que expresó y está probado dentro del proceso fue lo siguiente: está probado que el 5 de octubre de 2018 se notificó a Colpensiones, eso está probado en el folio 70, se notificó el 5 de octubre, antes del 5 de octubre no era sujeto procesal, lo fue a partir de su notificación que ocurrió el 5 de octubre.

También está probado que el 21 de septiembre de 2018, es decir, con antelación a que fuera sujeto procesal Colpensiones, el doctor JORGE ELIECEN PABÓN MORALES le sustituyó poder a la Dra. Sharon Katherine para que continuara con la representación, si bien es cierto este poder tiene es una presentación personal del 21 de septiembre de 2018, en la tesis del juzgado pues esto no da fe de la fecha en que se otorgó el poder, pero si da fe de que al menos ese poder se otorgó antes de esa fecha, de la presentación personal, entonces, como esa fecha de presentación personal fue del 21 de septiembre, pues obviamente el poder tuvo que ser otorgado antes, entonces la fecha si nos da, la fecha de presentación personal si constituye un punto de partida para saber cuándo fue otorgado el poder, y fue otorgado antes de que COLPENSIONES fuera sujeto procesal, además el doctor Jorge Eliecer PABON MORALES que es el que sustituye, pues no podía sustituir poder porque a el mismo no se lo había otorgado el representante de COLPENSIONES, PORQUE NO APARECE en ningún lado que se lo hubieran otorgado luego mínimo la decisión del despacho era haber dado por no contestada la demanda al resolver este incidente de nulidad era haber dado por no contestada la demanda por parte de COLPENSIONES, porqué motivo porque la demanda de Colpensiones fue contestada el 24 de octubre de 2018 y fue contestada con una sustitución que le hiciera JORGE ELIECE PABÓN MORALES que no tenía como sustituir poder porque el mismo no había sido reconocido como apoderado. Eso digamos en cuanto a los tiempos que están demostrados en el proceso.

De otra parte, manifiesta el señor juez que no se tiene legitimación en la causa porque la parte que presenta la nulidad no es afectada, pero sucede que si es afectada porque ella es demandada en este proceso, ella es un tercero interviniente que fue demandada por COLPENSIONES, además la respuesta de COLPENSIONES pues obviamente afecta su derecho, dar por contestada una demanda en debida forma pues porque ella pretende para sí el derecho que Colpensiones le otorgue el derecho que la otra parte también pretende para ella, o sea que si tiene legitimación en la causa.

Además, en cuento al tiempo, en la oportunidad procesal para presentar la demanda la norma dice que las nulidades procesales pueden presentarse en cualquier tiempo antes de la sentencia, o después de ella si la nulidad se presenta durante la sentencia, entonces en sentir de este litigante, la tercera demandada si está legitimada para presentar la nulidad.

Ahora, en cuanto al agotamiento de la vía gubernativa pues no dice la norma, o sea, lo que dice la norma es que la vía gubernativa se agota con la interposición de los recursos y no es que no sea obligatorio, es que debe esperar que la administración le conteste, no es optativo que no le conteste, lo que pasa es que la ley le dice que si al mes no le contestan pues obviamente se da por agotada la vía gubernativa pero es que la apelación no agotó la vía gubernativa porque si la hubiera agotado la señora ZOILA, la señora PATRICIA ALZATE no hubiera insistido constantemente en que le reconocieran su derecho pensional al punto que ella puso una tutela para que le contestaran, esa última petición que ella hizo el 22 de marzo no puede ser un saludo a la bandera, esa fecha marca el inicio de una petición y esa petición al hacerla está sujeta a una respuesta o a la espera de un mes para que se produzca ese silencio.

Una vez producida o bien la respuesta o bien el silencio es que se encuentra legitimada para acceder a la jurisdicción. Entonces del 22 de marzo al 3 de abril pues no pasaron sino 5 días entonces es que el no agotamiento de la vía gubernativa pues produce confusión de las entidades porque están en jurisdicciones distintas están en dos ramas distintas entonces si no se espera que se resuelva el hecho pues no se puede ir a la vía jurisdiccional porque es que todo derecho de petición por si solo no constituye una prueba sino que es el derecho de petición unido a su respuesta lo que hace el agotamiento de la petición administrativa o su respuesta puede ser o bien silenciosa o bien expresa, entonces no estoy de acuerdo con la tesis del juzgado y solicito al honorable tribunal que va a resolver esta apelación que revoque la decisión interpuesta por el señor juez y en su defecto declare la nulidad de lo actuado o mínima o subsidiariamente que declare que COLPENSIONES no contestó la demanda porque cuando lo hizo pues no tenía poder, en realidad el poder efectivo de COLPENSIONES, porque si tiene poder la apoderada que está hoy en día gracias a que fue a partir del 24 de octubre de 2018 al 10 de abril de 2019 que es con la doctora soledad Martínez hace constar que LINA MARIA es la profesional que puede.. antes de esa decisión no estoy diciendo que se presume la mala fe ni que como lo dice el señor juez no hay constancia de cuando fueron las fechas en que esa señora, esa doctora desde , si hay constancia porque en el mismo folio 124 y 125 están las fechas de cuando ella desempeñó esos cargos y son como desde el 2017 pero el hecho es que si

Para resolver se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES

Pues bien, conviene recordar que el artículo 29 de la Constitución Nacional consagra el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas para que nadie pueda ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el Juez o Tribunal competente, con observancia de las formas propias de cada juicio.

Para garantizar dichos postulados, el legislador en su sabio entender erigió en nulidades determinados vicios que impiden que exista el debido proceso, para efectos de no dejar al albedrío del interprete el determinar cuándo se da la violación.

Fue así entonces como se taxaron las nulidades que pueden invalidar la actuación surtida dentro de un proceso, como desarrollo del artículo 29 de la Constitución Nacional, por lo mismo no puede existir causal de nulidad distinta de las señaladas en el artículo 133 del Código de General del Proceso, cosa diferente es que se configuren otras irregularidades, pero no tienen fuerza para invalidar la actuación.

En ese orden de ideas, el apoderado de la señora ZOILA PULIDO, invoca la causal señalada en el numeral 4^o del artículo 133 del C.G.P., la cual sustenta en la indebida representación de COLPENSIONES de acuerdo con el poder conferido inicialmente por la entidad para dar contestación al escrito introductor, así como en el hecho de no haberse agotado la reclamación administrativa.

Frente a lo primero, baste con señalar, concuerda la Sala con la conclusión del *a quo* respecto a la ausencia de legitimación en la causa en cabeza de ese

ella desempeñaba el cargo desde mucho antes, ella era la que le tenía que dar el poder al señor JORGE ELIECER PABÓN MORALES, entonces mínimo tendría que darse por no contestada la demanda de COLPENSIONES.

Entonces de esta manera queda sustentado mi recurso de apelación su señoría muchas gracias."

² "4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder."

extremo procesal para alegar la nulidad por indebida representación de COLPENSIONES, conforme lo previsto en el inciso tercero del artículo 135 del C.G.P, pues de existir esta, era la mentada entidad la llamada a proponerla por ser quien en últimas se ve afectada con dicha situación, pese a que el apoderado considere que también se ve perjudicado con la misma.

En todo caso, en gracia de discusión, analizado el plenario es posible concluir que COLPENSIONES otorgó poder a distintos profesionales del derecho quienes luego de la notificación han venido actuado en nombre de la entidad sin proponer inconformidad alguna, en virtud de lo cual, de haberse configurado la causal invocada, que no existió, está estaría saneada por convalidación tácita tal como lo prevé el numeral 1 del artículo 136 del CGP. Además, la señora PULIDO actuó en el proceso sin proponer la nulidad que ahora promueve (inciso segundo del artículo 135 del C.G.P.)

Frente a la denominada vía gubernativa, y para despachar desfavorablemente los argumentos del incidentante, pertinente es indicar, confunde el togado el agotamiento de la vía gubernativa con la reclamación administrativa a que se refiere el artículo 6 del C.P.T y la S.S., cuya ausencia en el proceso es un factor de competencia susceptible de ser saneado, ante la omisión de la pasiva de formular la excepción previa correspondiente.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

“Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6° del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 84, norma que dispone que “La nulidad se considerara saneada... Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso.» sentencia del 13 de octubre de 1999, radicación 12221.”

Así las cosas, y ante tal inadvertencia de la demandada Colpensiones, se entiende prorrogada la competencia del fallador para decidir el conflicto

avocado, debiendo agregar, pese a tales disquisiciones lo cierto es que en autos sí se agotó la reclamación administrativa con la interposición de los recursos contra la resolución que reconoció el derecho pensional.

Finalmente debe anotar la Sala, no es posible superar la inactividad de la pasiva a través del ejercicio de un incidente de nulidad, pues esa situación en sí misma no configura un yerro con entidad suficiente para anular las actuaciones surtidas, debiendo indicar, en todo caso, no se configura nulidad alguna en el *examine* en tanto se le ha garantizado a ese extremo procesal la garantía al debido proceso, particularmente el derecho de defensa y contradicción, del que se insiste, no hizo uso a lo largo del litigio.

Conforme lo expuesto, a juicio de esta Sala de decisión, evidentemente no se configuró la causal de nulidad alegada por el apoderado de la interviniente ZOILA PULIDO, y en tal sentido se confirmará el auto atacado.

En mérito de lo expuesto se

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado de conformidad con las razones expuestas por esta Sala de decisión.

SEGUNDO: COSTAS de la alzada a cargo de la recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$200.000.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación presentado por ZOILA PULIDO DE MEDELLÍN y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el pasado 27 de mayo de 2020 (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 01:08:54, parte 4), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el cincuenta por ciento (50%) de la pensión de sobrevivientes generada por la muerte del pensionado JOSÉ BAUTISTA MEDELLÍN QUINTERO, corresponde a la señora PATRICIA ALZATE CHAVES identificada con cédula de ciudadanía No. 52.090.978 y se **DECLARA** que **NO CORRESPONDE PROPORCIÓN ALGUNA** sobre el mencionado derecho pensional a la señora ZOILA ELENA PULIDO DE MEDELLÍN, con cédula de ciudadanía No. 20.256.088.

SEGUNDO: SE CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- a pagar a la señora PATRICIA ALZATE CHAVES las diferencias pensionales surgidas en su favor a partir del 12 de abril de 2017 y hasta la fecha en que se dé cumplimiento a la presente orden judicial, teniendo en cuenta el porcentaje que le corresponde en derecho según se declaró en el Numeral Primero que antecede, esas diferencias deberán ser pagadas de manera indexada, teniendo en cuenta para ellos los índices de precios al consumidor vigentes para la causación de cada diferencia pensional y como índice final a tener en cuenta, el de la fecha de inclusión en nómina del retroactivo de diferencias mencionadas, para esos fines COLPENSIONES deberá tener en cuenta los pagos que ha realizado a la señora PATRICIA ALZATE CHAVES como fruto de la Resolución 332546 del 4 de diciembre de 2019, por la cual revocó parcialmente la Resolución 102120 del 16 de junio del año 2017.

CUARTO (SIC): SE DECLARA NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES propuestas por la señora ZOILA ELENA PULIDO DE MEDELLÍN y por lo tanto no se accede a sus solicitudes conforme lo expuesto en la presente providencia.

QUINTO (SIC): SE DECLARA que el CINCUENTA POR CIENTO (50%) restante de la pensión generada por la muerte del pensionado JOSÉ BAUTISTA MEDELLÍN QUINTERO sigue correspondiendo al señor JUAN DAVID MEDELLÍN ALZATE, a partir de la muerte del causante y hasta tanto y conforme a la ley acredite su derecho, a es decir hasta que cumpla su mayoría de edad o máximo hasta los 25 años de edad, siempre y cuando acredite los estudios conforme lo exige la Ley, y se declara así mismo que una vez cese el derecho de uno de sus beneficiarios bien sea la señora PATRICIA ALZATE CHAVES y JUAN DAVID MEDELLÍN ALZATE, acrece la mesada pensional a favor del otro beneficiario conforme lo establece la Ley.

SEXTO (SIC): SIN CONDENA EN COSTAS en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES ni a su favor y se **CONDENA EN COSTAS** a la señora ZOILA ELENA PULIDO DE MEDELLÍN y en favor de los demandantes PATRICIA ALZATE CHAVES Y JUAN DAVID MEDELLÍN ALZATE. Practíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto de medio salario mínimo legal mensual vigente como valor de las AGENCIAS EN DERECHO.

SÉPTIMO (SIC): El Juzgado ABSUELVE a COLPENSOINES de las demás pretensiones de la demanda que no fueron acogidas expresamente en esta providencia”.

Inconformes con la decisión los apoderados de la señora ZOILA PULIDO y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-, respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, ZOILA PULIDO considera que en el proceso quedó acreditado que convivió con el causante por espacio superior a 33 años, esto es, desde la celebración del matrimonio y hasta el año 1994, tiempo que corresponde al 78,8%, del total de la convivencia.

En su sentir, la interrupción de la convivencia no implica la pérdida del derecho, máxime cuando permaneció vigente el vínculo afectivo y la voluntad de no poner fin al matrimonio, no siendo suficiente el hecho de haberse liquidado la sociedad conyugal pues el vínculo permaneció vigente, enfatizando en que aunque se liquidó la sociedad conyugal no se puede presumir la mala fe de su parte.

En consecuencia, pide se estudie el asunto, se revoque la condena y en su lugar se conceda el derecho en la proporción que corresponda³. (Audiencia

³ “Sí su señoría, muchas gracias, este litigante interpondrá el recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir su señoría. Los argumentos que voy a esbozar brevemente son los siguientes.

La señora PATRICIA ALZATE, según su propio juramento, convivió con el señor JOSÉ BAUTISTA MEDELLIN desde el 19 de marzo de 1994 hasta el 11 de abril de 2017. Por su parte, la señora ZOILA PULIDO DE MEDELLIN, según su propio juramento, convivió con el señor JOSÉ BAUTISTA MEDELLIN QUINTERO durante los 36 años que transcurrieron entre la boda del 58 y la fecha de separación que fue en 1991. Esas declaraciones son concordantes, no obstante ser dichas por quienes son contraparte y de acuerdo con ello, el difunto convivió con su esposa el 60.8% de toda la convivencia, mientras que con la compañera convivió el 39.2% de toda la convivencia.

La Corte Constitucional y la Sala de Casación laboral, han sido pacíficas al decir que la interrupción de la convivencia no implica necesariamente la pérdida del derecho. Uno de los fines principales del matrimonio es la ayuda mutua y el deber de socorro, y la tesis de que esos deberes caducaron el mismo día que se liquidó la sociedad conyugal, a pesar de la jurisprudencia, que también puede evolucionar, es una mera presunción. Pues mientras aquellas finalidades son de orden afectivo, la liquidación es de orden contable, y el orden afectivo está generalmente ligado al tema alimentario, no solamente al tema patrimonial.

Aquí lo que se probó efectivamente, fue el acto económico de liquidar unos bienes, no la voluntad de cesar el matrimonio ni sus fines, porque de haber sido así, es apenas lógico haber aprovechado la ida a la notaría y en un solo trámite, y en un solo gasto, hubieran puesto fin al matrimonio, pero no lo quisieron, así no fue su voluntad y es que los patrimonios aun después de separados de hecho, persisten en mantener los vínculos de ayuda y socorro mutuo, pues si uno de los dos ha solventado siempre los gastos, pues es habitual que lo siga haciendo después del rompimiento porque aún existe el deber de cuidado. Nadie ha dicho que después de la separación de la separación de cuerpos y de la liquidación de bienes, necesariamente se siga el abandono económico, tampoco es obligatorio hacerlo.

En todo caso, esos hechos particulares no fueron probados, lo que se probó fue la persistencia del vínculo matrimonial. Luego, no se pueden desconocer los años de vínculo matrimonial que existieron durante 59 años, desde cuando se inició en 1958 y se terminó en 2011, ni mucho menos la convivencia efectiva

Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:14:14, parte 4)

A su turno, la apoderada de COLPENSIONES refiere su inconformidad únicamente frente al pago de las diferencias pensionales ordenadas pues considera estas deben correr a cargo de la señora ZOILA PULIDO y no de esa administradora porque de hacerlo incurriría en un pago doble que no puede efectuarse en virtud de la destinación específica de los recursos del sistema de seguridad social⁴ (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:21:03, parte 4).

durante 36 años solamente. Por consiguiente, en aras de la justicia y la equidad, se debe reconocer la pensión en su justa proporción para cada una de las peticionarias, una por ser legítima esposa, y la otra por ser la compañera permanente durante los últimos años de su vida.

La Corte, en reciente fallo expresó que, aunque la no convivan justos, el vínculo permanece cuando hay otros aspectos que indiquen inequívocamente que no les interesa acabar la relación, como pasó en el presente caso que los esposos estando en la notaría, deciden solamente liquidar la sociedad conyugal pudiendo de una vez adelantar el divorcio. Otro indicio de su deseo de no romper el vínculo, es la decisión bilateral de no registrar la liquidación conyugal que fue registrada por la contraparte en el 2017. Esas razones, pues, no se pudieron establecer en este proceso, pero no se pueden presumir en contra de la señora ZOILA, tampoco se puede presumir la mala fe que le fue endilgada injustamente con la temeraria acusación de haber usado documentos espurios para engañar a COLPENSIONES. COLPENSIONES, en la misma acta de no conciliación, expresó que se trataba de un tema de interpretación jurídica entre dos personas que simultáneamente se disputaban el derecho a sustituirse en la pensión que devengaba su expareja. Que una de las dos, el día de mañana resulte con mejor derecho, o con derecho excluyente de la otra, en ningún momento puede significar la mala fe, pues el litigio de trata exactamente de eso, de discernir de razón.

Entonces, no es cierto que las dos notas marginales de registro de matrimonio no sean ambas de 1994, una es del 94 y la otra de 2017. Lo que sí es cierto, es que la jurisdicción laboral es independiente de la vía gubernativa, luego, debe obtener sus propias probanzas y no dar por cierto lo que la otra de las partes da como completamente probado, así sea la administración, ello no sería equilibrado. Entonces, a pesar de que la jurisprudencia haya reiterado, y que la norma en sí mismo diga que se necesita que la liquidación de la sociedad conyugal da al traste con la pretensión de sustitución pensional, pues este litigante considera que no en todos los casos es así, y que cada caso particular, amerita su propia interpretación a la luz de la constitución y la ley.

Entonces, yo le solicito al Tribunal que haga un estudio profundo sobre el tema específico y revoque la decisión tomada aquí, y en su lugar, conceda el derecho pensional a mi representada en la proporción que le toque. Muchas gracias.

⁴ *“Siendo esta la oportunidad pertinente, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho, única y exclusivamente en el sentido de que se ha condenado a mi representada a pagar a la señora PATRICIA ALZATE las diferencias surgidas desde el reconocimiento pensional y la muerte del causante el 12 de abril de 2017 y hasta la fecha en que se realizó la revocatoria, teniendo en cuenta la resolución emitida por mi representada en diciembre de 2019. Esto en atención a que si bien, una revocatoria directa, como lo dice la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en cuanto a pensión otorgada a la señora ZOILA, es de resaltar que esta misma sólo tiene efectos ultra activos, no retroactivos.*

Por ende, las mesadas que ya se reconocieron deben ser pagadas por la señora ZOLIA, puede ser a COLPENSIONES o la señora PATRICIA, toda vez que, tengamos en cuenta que estos son dineros de la seguridad social y, que pueden ser utilizados única y exclusivamente para ello, si son gastados o pagados de manera doble, como sería el caso presente, pues estaríamos ante un detrimento patrimonial del estado,

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante las pretensiones relacionadas a folios 61 y 62, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 59 a 61, aspirando principalmente se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente por el fallecimiento del señor MEDELLÍN QUINTERO. En consecuencia, se ordene a COLPENSIONES pagar a su favor y de su hijo JUAN DAVID MEDELLÍN ALZATE las mesadas dejadas de recibir por los meses de mayo, junio, julio y agosto y la prima de mitad de año del año 2017, debidamente indexada. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones,** en tanto se declaró que ella y su hijo son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en un 50% cada uno, por el fallecimiento del pensionado JOSE BAUTISTA MEDELLÍN QUINTERO (Q.E.P.D) ordenando pagar a favor de la demandante las diferencias correspondientes generadas por el reconocimiento que se hiciera por la pasiva a favor de ZOILA PULIDO quien se determinó no tenía derecho a percibir la prestación en calidad de cónyuge supérstite del causante. Lo anterior tras considerar el Juez de primer grado, de una parte, que la actora había acreditado el derecho a recibir la prestación en calidad de compañera permanente supérstite del causante, no así ZOILA PULIDO DE MEDELLÍN pues a pesar de mantener el vínculo vigente y acreditar la convivencia por un periodo superior a 5 años en cualquier tiempo, había liquidado la sociedad conyugal con el *de cujus* no encontrando demostrada la ayuda y el socorro mutuos luego de la disolución de la misma.

Preliminarmente ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor JOSE BAUTISTA MEDELLÍN QUINTERO, falleció el 11 de abril de 2017, conforme se señala en el Registro Civil de Defunción visible a folio 3.

toda vez que es evidente que la mayoría de los dineros que sustentan las pensiones, son aportados por el Estado. Este sería el único sentido de la apelación. Muchísimas gracias."

Tampoco es objeto de discusión que COLPENSIONES mediante Resolución No. 373508 del 23 de noviembre de 2015 reconoció a favor del causante una pensión de vejez a partir del 3 de agosto de 2012, la cual al retiro de nómina equivalía a la suma de \$2.086.832, tal como se lee de la Resolución SUB 102120 del 16 de junio de 2017 (folio 4 vto.), acto administrativo este último por el cual la demandada reconoció pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de JOSÉ BAUTISTA MEDELLÍN QUINTERO (Q.E.P.D) a favor de i) JUAN DAVID MEDELLÍN ALZATE como hijo menor de edad en un 50%; ii) PATRICIA ALZATE CHAVES, en calidad de compañera permanente supérstite, en un 19,60% y iii) ZOILA ELENA PULIDO DE MEDELLÍN, como cónyuge del causante en un 30,40%, a partir del 11 de abril de 2017 (folios 4 a 7).

Del mismo modo se tiene que por Resolución No. SUB 332546 del 4 de diciembre de 2019 *“por medio de la cual se resuelve un trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida (sobrevivientes-revocatoria)”* (folio 151 a 158), la demandada dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: Revocar parcialmente Resolución No. SUB 102120 del 16 de junio de 2017, mediante la cual se reconoció una Pensión de Sobrevivientes en lo que respecta únicamente al 30,305 reconocido a la señora PULIDO DE MEDELLÍN ZOILA ELENA identificado(a) con CEDULA CIUDADANÍA No. 20256088, en calidad de Cónyuge o Compañero(a), con ocasión el fallecimiento del señor MEDELLÍN QUINTERO JOSÉ BAUTISTA, quien en vida se identificó con CC No. 2.898.373, ocurrido el 11 de abril de 2017, con base en el auto de cierre N0. 1891 del 13 de noviembre de 2019, proferido dentro de la investigación administrativa especial No. 413-18, llevada a cabo por la Gerencia de Prevención del Fraude facultada por el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 y el artículo 243 de la Ley 1450 de 2011 y la resolución 555 de 2015, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución”

En ese orden, para la Sala, queda fuera de debate la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes que ostentan la señora PATRICIA ALZATE, en calidad de compañera permanente supérstite, y JUAN DAVID MEDELLÍN ALZATE, como hijo del causante, pues esta situación ya fue reconocida por COLPENSIONES, en los actos administrativos mencionados.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, en virtud del principio de consonancia, se circunscribe en determinar si ZOILA ELENA PULIDO DE

MEDELLÍN es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del causante. De igual forma, y atendiendo los resultados del análisis anterior, establecer los porcentajes que le corresponden a cada beneficiario, si hay lugar a pagar diferencias y a cargo de quién deben estar las mismas, y si su pago debe efectuarse de manera indexada.

En esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, por ser los que se encontraban vigentes a la data del deceso (11 de abril de 2017), y que en su parte pertinente señalan:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo [12](#) de la Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo [13](#) de la Ley 797 de 2003. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

(En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero

permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo⁵. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente (...)"

En consonancia con lo anterior, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad, señalando el literal a) del artículo 47 citado que, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su deceso.

La normatividad en cita, en caso de una concurrencia de cónyuge y compañera permanente, como en este caso se reclama, prevé dos situaciones 1) convivencia simultánea en los 5 años anteriores al deceso del pensionado y, 2) No hay convivencia simultánea, se mantiene vigente la unión conyugal anterior pero hay separación de hecho. En ambas situaciones, la pensión sería reconocida de manera proporcional al tiempo convivido con el causante por cada una.

Ahora, bueno resulta memorar, respecto del tiempo de convivencia que debe acreditar la cónyuge supérstite, la Corte Suprema de Justicia ya ha tenido oportunidad de aclarar el tema señalando que los cinco (5) años que habla la norma para el cónyuge que va a recibir una cuota parte, puede ser cumplida en "cualquier tiempo", luego, el argumento relacionado con que dicha convivencia de la pareja debe ser en el interregno inmediatamente anterior al deceso, resulta predicable únicamente respecto de la compañera permanente. Al tema se puede

⁵ El texto resaltado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que "además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido".

consultar la sentencia del 29 de noviembre de 2011 Rad. 40055 y SL 12442 proferida dentro de la radicación No. 47173 del 15 de septiembre de 2015⁶.

⁶ “Así las cosas, la discusión jurídica en el sub lite gira en torno a determinar si a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cónyuge separado de hecho que ha mantenido vigente el vínculo matrimonial tiene la condición de beneficiario y puede aspirar a la pensión de sobrevivientes así no demuestre convivencia al momento de la muerte, ni en los 5 años inmediatamente anteriores a su ocurrencia.

1.- Al respecto se ha de precisar que la jurisprudencia de esta Sala venía exigiendo tanto al cónyuge como al compañero (a) permanente demostrar convivencia al momento de la muerte, y en los dos años anteriores a ésta en vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993 (salvo cuando en ese lapso hubieren procreado hijos comunes, que suple el requisito de convivencia de los dos años anteriores, pero no al momento de la muerte), y en los cinco años precedentes al fallecimiento cuando el deceso hubiere ocurrido estando en vigor el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el anterior, y sin que se hiciera diferencia de si se trataba de la muerte de un afiliado o de un pensionado. (Sentencia CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 32393). B Sin embargo, la anterior postura fue variada en relación con el (la) cónyuge a partir de la sentencia CSJ SL, 20 nov. 2011, rad. 40055, donde en un nuevo examen del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, aplicable al sub lite, esta Corporación precisó que dicho requisito no podía exigirse en casos de convivencia no simultánea entre el afiliado o pensionado con un cónyuge supérstite del que estaba separado de hecho, y un compañero (a) permanente, pues el inciso tercero del artículo 13 en comento, le confirió también «la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el de cujus», siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco (5) años en cualquier tiempo.

Más tarde, en la sentencia CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 41637, la Sala amplió la interpretación de ese mismo inciso tercero del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y estimó que para efectos de que el cónyuge separado de hecho pudiera acceder como beneficiario a la pensión de sobrevivientes, no era menester la presencia de una compañera (o) permanente con convivencia no simultánea, pues dicha exigencia no resultaba proporcional ni justificada de cara a los principios y objetivos de la seguridad social, y no realizaba la protección al vínculo matrimonial que el legislador incorporó en dicha reforma, por lo que en esos eventos la esposa o esposo podía reclamar la prestación a condición de demostrar que hizo vida marital con el de cujus durante un término no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

(...)

Por último, en fallo CSJ SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, se estableció por parte de esta Corporación, siempre en interpretación del inciso tercero del artículo 13 objeto de estudio, que la prestación de supervivencia no podía ser negada al (a la) cónyuge con vínculo matrimonial indemne, por la circunstancia de no tener sociedad conyugal vigente, porque la voluntad del legislador fue proteger la «unión conyugal» y el artículo 42 de la Constitución Política señala que «los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil». La protección debe otorgarse eso sí, mientras se demuestre vida en común entre los esposos por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo. (...)

2.- Preciado lo anterior, es menester señalar que la labor del juez no se reduce a la simple aplicación mecánica de la ley, sino que en su función trascendente subyace el imperativo de hacer efectivo el bien jurídico protegido, que no se realizaría si se acogiera una interpretación exegética del inciso 3° del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Una lectura sistemática atendiendo la teleología del precepto conduce a su armonización con lo previsto en el artículo 46 ibídem, en el sentido que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes se exige ser miembro del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallezca. En otras palabras, el amparo se concibe en la medida en que quien reivindica el derecho merezca esa protección, en cuanto forma parte de la familia del causante en la dimensión en que ha sido entendida por la jurisprudencia de la Sala, referida en el caso de los cónyuges, a quienes han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico, aún en casos de separación y rompimiento de la convivencia (CSJ SL, 10 de may. 2005, rad. n° 24445.) (...)

Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico,

Para que proceda el reconocimiento pensional, tratándose de la muerte del pensionado, entonces, se requiere, en el caso de la compañera permanente acreditar que convivió con el causante en los últimos 5 años anteriores al deceso, y de la cónyuge, que mantuvo vigente el vínculo matrimonial y 5 años de coexistencia en cualquier tiempo⁷.

En dichos términos, y teniendo en cuenta que en el sub lite son dos las personas que consideran tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de la que en vida le fue otorgada por el Colpensiones a JOSE BAUTISTA MEDELLÍN QUINTERO, una en calidad de cónyuge supérstite, y la restante, que invoca la condición de compañera permanente -a quién ya le fue

aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención. No se trata de excluir el amparo bajo el concepto de cónyuge culpable, sino que quien lo reclama debe hacerse acreedor a él, pues la protección de la seguridad social en la medida en que ambos regímenes tanto el de prima media como el de ahorro individual, implican un esfuerzo colectivo y solidario, debe acoger al verdadero titular, porque de lo contrario se generaría inequidad, cuando frente al bien jurídico protegido el reclamante resulte ajeno a él. (...)"

⁷ Así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia en sentencias como por ejemplo CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 42425, más recientemente en la CSJ SL1510-2014 y CSJ SL15640 de 2016, en la que la alta corporación puntualizó:

*"Es indudable que el precepto en cuestión establece como condición que la convivencia «haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante»; pero un análisis de esa disposición legal, en su contexto, permite concluir que, de la forma como está redactada, **ese requisito se predica respecto de la compañera o del compañero permanente, mas no del cónyuge** porque, con claridad, no se refiere a éste sino a aquéllos, ya que está escrita, en la parte que interesa, en los siguientes términos: "...la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante".*

Para la Corte no tendría ningún sentido y, por el contrario, sería carente de toda lógica, que al tiempo que el legislador consagra un derecho para quien "mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho", se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante; porque es apenas obvio que, cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho: en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges.

*Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho **debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo**, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida; al paso que se establecería una discriminación en el trato dado a los beneficiarios, sin ninguna razón objetiva que la justifique, pues, como se ha visto, al compañero o a la compañera permanente se le exige ese término de convivencia, que es el que el legislador, dentro del poder que tiene de configuración del derecho prestacional, ha considerado que es el demostrativo de que la convivencia de la pareja es sólida y tiene vocación de permanencia, de tal suerte que da origen a la protección del Sistema de Seguridad Social" (Negrilla de la Sala).*

otorgada la prestación-, es del caso verificar, de cara a las pruebas allegadas y recaudadas en el presente trámite, si se dan las condiciones para reconocer a ambas la prestación perseguida.

Así las cosas, en el plenario se encuentra acreditada la condición de cónyuge supérstite de ZOILA ELENA PULIDO DE MEDELLÍN, con el registro civil de matrimonio de folio 104, en el que se observa que contrajo matrimonio con el fallecido JOSÉ BAUTISTA MEDELLÍN el 7 de junio de 1958. También está demostrado que los esposos Medellín Pulido, liquidaron, de mutuo acuerdo la sociedad conyugal, según consta en la Escritura Pública No. 2971 del 18 de marzo de 1994, suscrita en la Notaria 27 del Circulo de Bogotá (folio 8 a 12) y que se separaron de cuerpos según sentencia de fecha 10 de marzo de 1994 según se advierte en la nota al registro civil de matrimonio (folio 104).

A esta altura luce imperioso aclarar, no puede confundirse la sociedad conyugal con el vínculo matrimonial, pues la primera tiene efectos meramente patrimoniales, mientras que el segundo, es el lazo que une a dos personas o, en otros términos, el efecto jurídico que produce el consentimiento matrimonial.

Se hace hincapié en lo anterior, en razón a las interpretaciones que pueden darse al artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, al referirse a la expresión *“La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”*, enfatizando, cualquier duda al respecto fue zanjada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien, valga memorarlo, tiene como función principal la unificación de la jurisprudencia. Así es como en sentencia SL12442 de 2015, reiterada entre otras en las sentencias SL 16949 de 2016, SL560 de 2018, SL 5169 de 2019, SL 2449 de 2019 y más recientemente en la SL3160 de 18 de agosto de 2020, preceptuó:

*“Por último, en fallo CSJ SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, se estableció por parte de esta Corporación, siempre en interpretación del inciso tercero del artículo 13 objeto de estudio, que la prestación de supervivencia no podía ser negada al (a la) cónyuge con vínculo matrimonial indemne, por la circunstancia de no tener sociedad conyugal **vigente, porque la voluntad del legislador fue proteger la «unión conyugal» y el artículo 42 de la Constitución Política** señala que «los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil».*

La protección debe otorgarse eso sí, mientras se demuestre vida en común entre los esposos por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

En esta última providencia dijo la Corte textualmente:

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contiene dos situaciones que no pueden equipararse, una relacionada con la existencia de la ‘unión conyugal’ y la restante con la de la ‘sociedad conyugal vigente’. Estima la Sala, que si la protección que otorgó el legislador fue respecto del vínculo matrimonial, tal como se destacó en sede de casación, debe otorgarse la pensión a quien acreditó que el citado lazo jurídico no se extinguió amén de que no hubo divorcio, pues por el especial régimen del contrato matrimonial, es menester distinguir entre los efectos de orden personal, relativos a las obligaciones de los cónyuges entre sí y con sus hijos, del meramente patrimonial como acontece con la sociedad conyugal o la comunidad de bienes que se conforma con ocasión de aquel.

Esa distinción, en eventos como el aquí se discute es de especial interés, pues frente a los primeros, inclusive, subsiste la obligación de socorro y ayuda mutua, que están plasmados en el artículo 176 del Código Civil que dispone que ‘los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida’, y en el propio artículo 152, modificado por el artículo 5 de la Ley 25 de 1992, prevé que el matrimonio se disuelve, entre otros, por el divorcio judicialmente decretado.”

Por tanto, no queda duda que el hecho de haberse liquidado previamente la sociedad conyugal no conlleva indefectiblemente a la pérdida del derecho prestacional, pues en los términos establecidos por la Corte, la misma procede cuando el vínculo marital permanece vigente, acogiendo la jurisprudencia en cita como posición auxiliar en casos como el de autos por constituir doctrina probable al tenor de lo consagrado en el artículo 10° de la Ley 153 de 1887⁸, persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, debiendo recordar el fallecimiento del causante acaeció en el año 2017.

No obstante, acreditar ese solo presupuesto no es suficiente para la norma, la que además del vínculo, para el caso de la cónyuge y tratándose del deceso del pensionado, como se indicó, exige la demostración de un periodo de convivencia no inferior a 5 años en cualquier tiempo, aspecto ratificado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1730 de 2020⁹, en la cual señala,

⁸ “ARTÍCULO 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

⁹ “(...)

grosso modo, que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; situación que pasa a verificarse en autos para el caso de ZOILA PULIDO.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. **En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (subraya y negrilla fuera de texto)*

*Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. **Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes**” (subraya y negrilla fuera de texto).*

*Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

*En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.”*

A las diligencias fueron incorporadas las siguientes pruebas documentales que resultan relevantes:

- Copia de la liquidación de la sociedad conyugal signada en el año 1994 (folio 8 a 12).
- Registro civil de matrimonio con nota al margen del siguiente tenor (folio 104):

“Decretada la separación de cuerpos, según sentencia del Juzgado Sexto de Familia de fecha III-10-94 comunicado por oficio # 491 de fecha III-14-94”

- Declaración extrajudicial realizada por la señora PULIDO el 29 de octubre de 2019 en la Notaría 40 del Círculo de Bogotá (folio 96) en la cual señaló:

“Conviví en matrimonio con el señor JOSE BAUTISTA MEDELLÍN QUINTERO (Q.E.P.D) quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía No. 2.898.373 expedida en Bogotá D.C., compartiendo techo, lecho y mesa, de forma permanente e ininterrumpida durante 36 años, desde el año 1958 hasta el año 1994 (...)”

- Declaración judicial rendida por CARMEN TULIA (CARMENZA) MARTÍN DE MORALES el 2 de mayo de 2017 (folio 97) en la que señala:

“Conozco de vista, trato y comunicación desde hace aproximadamente cincuenta (50) años, a la señora ZOILA ELENA PULIDO MEDELLÍN quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 20.256.088 de Bogotá D.C. por dicho conocimiento se y me consta que ella convivió casada desde el día 07 de junio de 1958 con el señor JOSE BAUTISTA MEDELLÍN QUINTERO (Q.E.P.D) quien en vida se identificó con cédula de ciudadanía número 2.898.373 de Bogotá, durante este tiempo convivieron de forma permanente e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa hasta 1994 (...)”

- Declaración extrajudicial efectuada por ALCIRA DE LAS MERCEDES MENDEZ MUÑOZ en la que hace constar bajo la gravedad del juramento que (folio 99)

“(...) tengo una relación estrecha con la familia Medellín Pulido dese hace 50 años.

Por lo anterior puedo dar contancia (sic) de su matrimonio por espacio de 36 años, entre ZOILA ELENA PULIDO CHAVARRÍA (...) Y JOSE BAUTISTA MEDELLIN QUINTERO (Q.E.P.D) (...)"

A juicio de la Sala, los referidos medios de prueba por sí solos son insuficientes para dar certeza de la convivencia real y efectiva de la pareja al menos entre el matrimonio y la fecha de la liquidación de la sociedad conyugal -pues tampoco hay vestigios de convivencia con posterioridad a la separación-, debiendo anotar frente a la declaración rendida por la señora ZOILA PULIDO, es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crear a su favor su propia prueba. Además, en las declaraciones extrajuicio hechas por terceros (folios 97 y 99) aunque aludieron conocer a la pareja desde hace más de 50 años y que por ese conocimiento les constaba la convivencia desde las nupcias hasta el año 1994, tales aseveraciones resultan precarias e insuficientes en tanto no aportan elementos o circunstancias diferentes que den cuenta de las razones de su dicho, a partir de los cuales se obtuvieran mayores elementos a la hora de valorar su credibilidad por parte de esta Corporación que eleve al estadio del convencimiento lo allí plasmado.

Ahora, aunque se recibieron los testimonios de JESÚS MARÍA HERNANDEZ JUNCO¹⁰ y HECTOR INSUASTI RUBIO¹¹, amigos del causante, estos fueron consistentes en señalar que no conocían a la señora ZOILA PULIDO pues lo que siempre les indicó el señor MEDELLÍN es que si bien este estuvo casado, se había separado hacía mucho tiempo, sin referir a un año o época específica, siendo la única pareja conocida por estos, la señora PATRICIA ALZATE con quien, según precisaron, convivió el *de cujus* hasta el fallecimiento.

Tal situación conlleva indefectiblemente a concluir que la señora PULIDO no acreditó el derecho que reclama. Al punto, la Sala debe hacer hincapié en que el requisito de convivencia por el tiempo legalmente establecido debe acreditarse, pues constituye un presupuesto esencial para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, ya que la sola existencia del vínculo matrimonial no es suficiente para adquirir tal prestación, por lo que es menester demostrar la convivencia real y efectiva por un término no inferior a un lustro, en un tiempo anterior al

¹⁰ Audiencia del 27 de mayo de 2020, récord 43:43 parte II.

¹¹ Audiencia del 27 de mayo de 2020, récord 13:58 parte III.

fallecimiento, pues de no ser así se le restaría importancia al cimiento del derecho que es la comunidad de vida.

En todo caso, si en gracia de la discusión se admitiera la convivencia de la pareja MEDELLÍN PULIDO por lo menos entre la fecha del matrimonio (1958) y 1994 cuando se dio la separación de cuerpos (folio 104), lo cual superaría ampliamente los 5 años a los que se refiere la norma, y no obstante que estuviera separada de hecho del causante, no debe olvidarse que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, otro de los requisitos que se exige frente al cónyuge superviviente separado de hecho o de cuerpo, es la constatación de que los deberes recíprocos de la unión conyugal persistieron más allá de dichos eventos, es decir, el socorro, la ayuda mutua, apoyo incondicional y solidaridad entre ambos, deben pervivir hasta que se disuelva la unión matrimonial, al margen de si se allanaron a ellos o no, situación que no está demostrada en autos, en tanto ningún medio de prueba se incorporó al expediente del que se pueda advertir esa particular circunstancia.

Sobre este tópico, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL 1399 de 2018, reiterada en la SL3372 de 2019, precisó:

“Al compás de lo anterior, no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar.

Pero tampoco resulta acertado enervar el derecho pensional ante figuras tales como la separación de hecho o de cuerpos, toda vez que en la primera de estas situaciones la obligación de convivir subsiste y en la segunda tan solo se excluye la de cohabitación, pero no la de socorro y ayuda mutua que, pese a esas circunstancias, subsiste.

Para decirlo de otro modo, la separación de cuerpos, figura jurídica en virtud de la cual solo se extingue el deber de cohabitación, no es un obstáculo para que el consorte que haya convivido durante 5 años con el causante, acceda a la prestación. Así mismo, la separación de hecho, tampoco frustra este derecho, pues esta circunstancia fáctica no extingue de suyo los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y solidaridad, los cuales perviven hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial.

Ello explica por qué, para el legislador del 2003 a pesar de la separación de hecho de los cónyuges, es decir, de la cesación de la comunidad de vida, si alcanzan a convivir al menos 5 años, **el supérstite puede adquirir la pensión de sobrevivientes mientras ese vínculo no se disuelva, ya que los deberes de la pareja subsisten, al margen de si se allanaron a ellos o no (subraya de la Sala).**

Así las cosas, en resumen, el cónyuge con unión marital vigente, separado o no de hecho, que haya convivido en cualquier tiempo durante un lapso no inferior a 5 años con el afiliado o pensionado fallecido, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.

La anterior posición fue precisada en sentencia CSJ SL3405-2018, en donde se expresó lo siguiente:

Conviene memorar que si bien la Corte en la interpretación del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, ha establecido como presupuesto esencial para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, **el requisito de la convivencia efectiva, real y material entre la pareja, exigencia que se ha entendido como el «[...] acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales»**, conforme se dejó adoctrinado en la sentencia CSJ SL, 31 ene. 2007, rad. 29601 y CSJ SL5640-2015, lo cierto es que, a partir de una interpretación armónica con el inciso 3.º del literal b) del artículo 13 ibídem, esta Corporación también ha sostenido que, en caso de separación, la cónyuge con vínculo matrimonial vigente, como es aquí el caso, no pierde el derecho pensional si se acredita la convivencia de los cinco años en cualquier tiempo, **siempre y cuando, pese a la separación, se haya mantenido el acompañamiento espiritual permanente, los lazos del compromiso de apoyo efectivo y de comprensión mutua, sin que se requiera la existencia de una convivencia simultánea**. Así lo sostuvo la Sala en sentencia CSJ SL12442-2015, cuando manifestó:

1.- Al respecto se ha de precisar que la jurisprudencia de esta Sala venía exigiendo tanto al cónyuge como al compañero (a) permanente demostrar convivencia al momento de la muerte, y en los dos años anteriores a ésta en vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993 (salvo cuando en ese lapso hubieren procreado hijos comunes, que suple el requisito de convivencia de los dos años anteriores, pero no al momento de la muerte), y en los cinco años precedentes al fallecimiento cuando el deceso hubiere ocurrido estando en vigor el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el anterior, y sin que se hiciera diferencia de si se trataba de la muerte de un afiliado o de un pensionado. (Sentencia CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 32393).

Sin embargo, la anterior postura fue variada en relación con el (la) cónyuge a partir de la sentencia CSJ SL, 20 nov. 2011, rad. 40055, donde en un nuevo examen del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, aplicable al sub lite, esta Corporación precisó que dicho requisito no podía exigirse en casos de convivencia no simultánea entre el afiliado o pensionado con un cónyuge supérstite del que estaba separado de hecho, y un compañero (a) permanente, pues el inciso tercero

del artículo 13 en comento, le confirió también «la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el de cujus», siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco (5) años en cualquier tiempo.

Más tarde, en la sentencia CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, la Sala amplió la interpretación de ese mismo inciso tercero del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y estimó que para efectos de que el cónyuge separado de hecho pudiera acceder como beneficiario a la pensión de sobrevivientes, no era menester la presencia de una compañera (o) permanente con convivencia no simultánea, pues dicha exigencia no resultaba proporcional ni justificada de cara a los principios y objetivos de la seguridad social, y no realizaba la protección al vínculo matrimonial que el legislador incorporó en dicha reforma, por lo que en esos eventos la esposa o esposo podía reclamar la prestación a condición de demostrar que hizo vida marital con el de cujus durante un término no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

Esa hermenéutica en palabras de la Corte, hace efectiva la finalidad de la norma que:

“[...]”.

Por último, en fallo CSJ SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, se estableció por parte de esta Corporación, siempre en interpretación del inciso tercero del artículo 13 objeto de estudio, que la prestación de supervivencia no podía ser negada al (a) cónyuge con vínculo matrimonial indemne, por la circunstancia de no tener sociedad conyugal vigente, porque la voluntad del legislador fue proteger la «unión conyugal» y el artículo 42 de la Constitución Política señala que «los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil». La protección debe otorgarse eso sí, mientras que se demuestre vida en común entre los esposos por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

En esta última providencia dijo la Corte textualmente:

[...].

2.- Precisado lo anterior, es menester señalar que la labor del Juez no se reduce a la simple aplicación mecánica de la ley, sino que en su función trascendente subyace el imperativo de hacer efectivo el bien jurídico protegido, que no se realizaría si se acogiera una interpretación exegética del inciso 3° del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Una lectura sistemática atendiendo la teleología del precepto conduce a su armonización con lo previsto en el artículo 46 ibídem, en el sentido que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes se exige ser miembro del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallezca. En otras palabras, el amparo se concibe en la medida en que quien reivindica el derecho merezca esa protección, en cuanto forma parte de la familia del causante en la dimensión en que ha sido entendida por la jurisprudencia de la Sala, referida en el caso de los cónyuges, a quienes han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113

del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico, aún en casos de separación y rompimiento de la convivencia (CSJ SL, 10 may. 2005, rad. 24445.

Más adelante, en la misma providencia asentó la Corporación:

“[...]”

Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención.

No se trata de excluir el amparo bajo el concepto de cónyuge culpable, sino que quien lo reclama debe hacerse acreedor a él, pues la protección de la seguridad social en la medida en que ambos regímenes tanto el de prima media como el de ahorro individual, implican un esfuerzo colectivo y solidario, debe acoger al verdadero titular, porque de lo contrario se generaría inequidad, cuando frente al bien jurídico protegido el reclamante resulte ajeno a él.

Ese supuesto de la pervivencia de la condición del ser miembro de la familia del causante en los términos precisados por la jurisprudencia, no obstante la separación de hecho, debe ser probado por el cónyuge que reclama la prestación, salvo que demuestre que esa pertenencia al grupo familiar no ha perdurado por situaciones ajenas a su voluntad.

Conforme a lo anterior, para efectos de acreditar el requisito de la convivencia para este asunto por parte de la cónyuge del pensionado fallecido, se requiere tener en cuenta que si bien se ha admitido jurisprudencialmente que esos cinco años pueden cumplirse en cualquier tiempo, en los casos en que el vínculo matrimonial se encuentre vigente, ello solamente tiene cabida cuando tras la separación de hecho, efectivamente los esposos continuaron permanentemente con lazos afectivos, morales, de socorro y ayuda mutua.

*Entonces, en tratándose de cónyuge supérstite, separada de hecho o de cuerpos, con sociedad conyugal liquidada, pero con vínculo matrimonial vigente, para efectos de reclamar el derecho a la pensión de sobrevivientes o la sustitución de la pensión, por la muerte de su esposo, afiliado o pensionado, debe acreditar que convivió con el causante por lo menos cinco años en cualquier tiempo y, **además, que tras la separación de hecho, efectivamente los esposos continuaron permanentemente con lazos afectivos, morales, de socorro y ayuda mutua.**”*

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de la integrada al litigio dirigida acreditar los 5 años de convivencia con el causante en cualquier tiempo antes de su muerte, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se funda su pretensión, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso *sub-lite*, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es precisamente la señora PULIDO, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*", por lo tanto habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto.

En ese orden, no encontrándose beneficiarios con igual o mejor derecho al reconocido a favor de PATRICIA ALZATE y JUAN DAVID MEDELLÍN, la pensión debe ser distribuida entre estos en un 50% cada uno, la cual deberá ser acrecentada proporcionalmente a favor del otro, cuando uno de estos pierda la calidad de beneficiario, como lo anotó el fallador de primera instancia.

Bajo tal entendido, como quiera que a la demandante entre el 11 de abril de 2017 y el 31 de diciembre de 2019 (folios 4 a 7 y 151 a 158) le fue cancelada la prestación solo en un 19,60% es claro que procede el pago de las diferencias pensionales respectivas, las cuales deberán ser canceladas por COLPENSIONES quien fue quien en últimas reconoció de manera errada la prestación, advirtiendo frente a los pagos adicionales que pudo haber realizado a favor de ZOILA PULIDO, que cuenta con la posibilidad de iniciar las acciones legales correspondientes frente a este beneficiario si estima que hubo un enriquecimiento sin justa causa por parte del mismo al habersele pagado mesadas pensionales sin ser beneficiaria de la pensión, en razón a que tal situación podría constituir quizás un menoscabo en sus recursos.

Con relación a la excepción de prescripción propuesta oportunamente por la encartada¹², se tiene que la prestación se causó el 11 de abril de 2017 (fecha de deceso del pensionado) siendo reclamado el pago de la misma mediante peticiones del 3 y 30 de mayo de 2017 según se lee de la Resolución SUB

¹² Desde la contestación de la demanda (folio 92), la cual se admitió por auto del 2 de diciembre de 2019 (folio 114)

102120 de 16 de junio de 2020 (folios 4 a 7) en la que se reconoció la prestación a favor de los reclamantes, acto administrativo contra la cual la demandante interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la proporción reconocida a la señora PULIDO DE MEDELLÍN, el que fue desatado desfavorablemente en la resolución DIR1909 de 29 de enero de 2018, siendo incoada la demanda 3 de abril de 2018, por lo que factible es concluir que no operó dicho fenómeno.

Frente a la condena de indexación, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

En consecuencia, resulta procedente el pago indexado de las sumas adeudadas, como quiera que entre la fecha en que se debió reconocer la prestación y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo, confirmándose en este punto la decisión de primer grado.

Así las cosas, habiéndose arribado las mismas conclusiones del Juez *a quo* lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS de la apelación a cargo de ZOILA PULIDO y a favor de la entidad demandada.

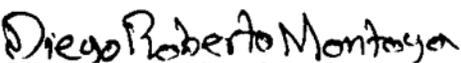
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

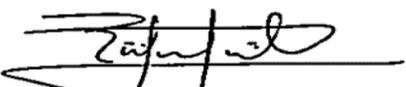
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS de la apelación a cargo de ZOILA PULIDO y en favor de la entidad accionada.

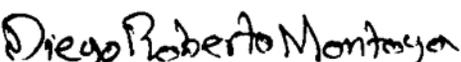
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS
(ACLARA VOTO PARCIAL)


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.000.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANGELA MARÍA RODRÍGUEZ PULIDO CONTRA BANCO CAJA SOCIAL (RAD. 17 2016 00453 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 524 a 527 y 528 a 547), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de febrero de 2020 (Cd a folio 517, récord: 1:01:47 y acta a folio 519 y 520), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora Angélica María Rodríguez Pulido identificada con la cedula 5.281.592 como trabajadora y la sociedad BANCO CAJA SOCIAL S.A identificada con el NIT 860007335-4 como empleadora, existió una relación laboral regida por contrato individual de trabajo a término indefinido entre el 16 de marzo de 2004 y el día 22 de agosto de 2013, la cual fue terminada de manera unilateral por parte de la empleadora.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de ineficacia de la terminación y de prescripción propuestas por la demandada BANCO CAJA SOCIAL S.A según las razones expuestas.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada BANCO CAJA SOCIAL S.A de todas las pretensiones incoadas en su contra según las razones expuestas en precedencia.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante, en firme esta sentencia por secretaría, practíquese la liquidación incluyendo agencia en derecho a su cargo por valor de \$400.000 moneda corriente.

***QUINTO:** Se dispone la CONSULTA a favor de la demandante con la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de este distrito judicial en caso de no ser apelado este fallo o no ser sustentado este recurso.”*

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. En sustento de ello refiere, el contrato que ató a las partes finalizó pese al conocimiento que tenía la demandada del estado de debilidad manifiesta en que se encontraba la trabajadora en virtud del diagnóstico de túnel del carpo bilateral, enfermedad calificada de origen profesional y que la aquejaba desde el 2007, según consta, dice, en la historia clínica aportada al expediente.

Resalta, el proceso de calificación de su enfermedad inició con anterioridad a su despido tal como se observa de las comunicaciones de 23 de marzo de 2011, 18 de septiembre de 2013 y 20 de enero de 2014, documentos de los cuales advierte el conocimiento del BANCO CAJA SOCIAL, no solo de la enfermedad sino del trámite de determinación del origen en primera instancia de su patología.

Aduce, la demora en la calificación es un hecho atribuible únicamente a la ARL COLMENA entidad que tardó en el pago de los honorarios a la junta para proceder a la calificación y que conllevó a que solo hasta el 25 de junio de 2015 se estableciera el origen de sus patologías por parte de esa Corporación.

De otra parte, dice, quedó plenamente acreditado que la pérdida de capacidad de la demandante corresponde al 18,56% la que, asevera, es anterior a la terminación del contrato de trabajo y por ende, estaba protegida por la estabilidad laboral reforzada, de lo cual resulta discriminatoria la terminación de su contrato de trabajo pues se produjo en virtud de su limitación física; advirtiendo, si bien el dictamen fija como como fecha de estructuración una calenda posterior al finiquito del vínculo eso no se acompasa con las documentales que militan en el plenario de las que se puede extractar que la enfermedad viene presentándose desde el año 2007, antecedentes que alega, fueron omitidos por la Junta Nacional de Calificación.

Con apoyo en algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, recuerda que los sujetos de estabilidad laboral reforzada son quienes padecen limitaciones superiores al 15% (severas o profundas) y que procede la protección cuando el trabajador es despedido sin permiso del Ministerio de Trabajo.

De otra parte, señala, no operó la prescripción por cuanto reclamó el 2 de agosto de 2016, con lo cual interrumpió el término trienal.

Cuestiona el desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional que reiteradamente ha sostenido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no es exclusivo para quienes hayan sido calificados con una pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda pues basta la verificación de una condición particular que pueda generar debilidad manifiesta¹ (Cd a folio 517, récord: 1:03:24 y acta a folio 519 y 520).

¹ “Su señoría, con todo respeto y de conformidad con el artículo del código procesal laboral, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de emitir que para el efecto me permito sustentarlo de la siguiente manera.

Honorables magistrados, me permito presentar apelación contra la presente providencia como quiera que con la misma se han vulnerado los derechos de mi representada. Es de advertir que la relación laboral que existió entre mi representada y la parte demandada fue terminada de esta manera, de una manera unilateral a pesar que tenía pleno conocimiento que la trabajadora se encontraba en estado de debilidad manifiesta debido a la enfermedad de origen profesional que venía padeciendo desde el año 2007 y que fue diagnosticada como síndrome del túnel carpiano bilateral sinovitis en proceso de calificación de su enfermedad, tal como consta en las documentales que reposan en el expediente en especial la historia clínica y las comunicaciones de fecha 18 de mayo de 2012, es decir, antes de haberse terminado el contrato de trabajo de manera unilateral, mi representada se encontraba en proceso de calificación de su enfermedad, hecho que confirma con las comunicaciones de fecha 18 de septiembre de 2013 y 20 de enero de 2014 y tal como se desprende de la comunicación de fecha 23 de marzo del 2011 suscrita por Catalina Otavo Otavo, coordinadora analista de salud ocupacional, gerencia de gestión humana del BANCO CAJA SOCIAL; mediante el cual informa a la señora ANGELICA MARIA que le fue notificado al banco sobre el inicio del proceso de calificación del origen de su enfermedad en primera instancia por la patología causada, donde se determinó que era de origen profesional.

Con esto se prueba que el BANCO CAJA SOCIAL si tenía conocimiento de las enfermedades que padecía la trabajadora y que además estaba en proceso de calificación. Igualmente, la demandada a través de Catalina Otavo en el testimonio que rindió ante su despacho así lo confesó. Es importante resaltar que mi representada se encontraba en curso de su proceso de calificación, debiendo acudir a la acción de tutela para que la junta de calificación de invalidez procediera con la calificación que le había sido remitida desde antes de la terminación del vínculo y como se puede evidenciar, la mora se debió a la demora de la ARL COLMENA en el pago de honorarios a la junta para proceder a la calificación razón por la cual, hasta el 25 de junio de 2015 la junta regional calificó el origen de origen profesional de mi representada. Quedo plenamente probado en el plenario que la pérdida de capacidad de la demandante fue de 18.56, demostrándose que evidentemente que la misma venía con anterioridad a la terminación del contrato de trabajo, es decir que estaba protegida por la estabilidad laboral reforzada porque padecía de una enfermedad de origen común, hecho que hoy se pretende desconocer por su despacho.

Igualmente, a todas luces es discriminatoria la terminación de la relación laboral pues es subjetiva y originada por una razón de su limitación física, ya que se trata de una persona en estado de discapacidad que como se dijo, estuvo calificada y se determinó el porcentaje de la pérdida de capacidad, el cual fue moderado. Debe dejarse en claro que si bien en el dictamen se estableció la fecha de estructuración con posterioridad a la terminación del vínculo y sobre este punto se solicitó la aclaración y complementación del dictamen o en su defecto la citación de peritos a la junta, aspecto sobre el cual ya se pronunció el

despacho, la fecha de estructuración no corresponde a la del inicio de la enfermedad a la que dicho sea de paso, conforma a todas las documentales como es la historia clínica y en los mismos argumentos del equipo interdisciplinario, mi representada venía con su enfermedad desde el año 2007, hecho incuestionable y que demuestra que mi representada se encontraba enferma y en debilidad manifiesta en el momento de la terminación de la relación laboral.

De lo anterior se evidencia sin equívoco alguno honorables magistrados, que la junta de calificación omitió los antecedentes médicos que reposan en la historia clínica de la demandante, pues se extrae de la misma que mi representada consulta por primera vez el 17 de agosto por presentar dolor en la muñeca de la mano derecha, antebrazo y codo, conforme lo certifico el médico tratante doctor Fabio Herrera Espinoza, ortopedista traumatólogo, prueba documental que obra en el plenario. De otra parte, la hoy demandada a través del suscrito en los fundamentos jurídicos de la defensa señaló apartes de la sentencia de casación de la corte suprema de justicia, radicado 18660 del 9 de septiembre de 2002 del magistrado ponente José Roberto Herrera Vergara, radicado 17440 del 9 de marzo de 2006 del doctor Luis Javier Osorio, radicado 25130 del 7 de febrero de 2006 del doctor Gustavo Gnecco, radicado 35514 del 27 de enero 2010 del doctor Luis Javier Osorio.

En concordancia con lo anterior, al indicar que esta corporación ha insistido lo siguiente “son sujetos de estabilidad laboral reforzada quienes padecen limitaciones superiores al 15% limitaciones severa y profundas, la protección es menor o inexistente para las personas de menor limitación al no dificultárseles la reinserción laboral” La corte suprema de justicia en sentencia de su salas de casación laboral de abril 18, la SL-1360 del 2018 concretó los conceptos legales que deben tenerse en cuenta para entender ente otras cosa, cuando procede la protección laboral reforzada a los trabajadores con discapacidad y que se debe entender por estabilidad laboral reforzada. Según el análisis de la corte suprema, la protección laboral reforzada procede cuando el contrato es terminado por razón de la situación de discapacidad del trabajador sin contar con la autorización del ministerio de trabajo, caso en el cual se entenderá que el despido es discriminatorio y por lo tanto nulo. En este caso dice la corte, opera el reintegro del trabajador a su cargo junto con el pago de acreencias laborales, aportes legales incluidos dejados de devengar por el tiempo que estuvo desvinculado y una indemnización de 180 días.

Debo advertir honorables magistrados, que el despacho incurrió en yerro al admitir los argumentos de la defensa de la parte demandada en el sentido en sentido de aceptar en primer término la prescripción, la prescripción jamás existió porque su honorable despacho así lo determino y así quedó demostrado en el proceso, hubo una reclamación administrativa el 2 de agosto de 2016 con la cual se interrumpió el termino de prescripción.

Ahora bien, con relación al dictamen de su patología, origen, estructuración y discapacidad, la patología y el origen era de pleno conocimiento del empleador al momento de la terminación del contrato, eso no tiene mayor discusión porque si está probado dentro del plenario, la enfermedad que padecía mi representada antecede a la terminación del contrato y eran de pleno conocimiento del empleador, no puede pretenderse desconocer esta situación porque al aducir que la junta de calificación regional determino una pérdida de capacidad y una fecha de estructuración posterior a la terminación del contrato de trabajo.

Mal puede también aducirse que el empleador no tenía conocimiento de la pérdida de capacidad laboral porque la estructuración es traído del 16 de agosto de 2017, es traído de los cabellos que esto no era conocido ni del empleador ni de la trabajadora porque estaba en proceso de calificación y al momento de terminarse el contrato de trabajo no se sabía cuál era la pérdida de la capacidad laboral, pero si se conocía al estado de salud y que esa enfermedad estaba en proceso de calificación, por lo tanto debo advertir que controvierto totalmente la sentencia en este sentido.

Igualmente reitero, estaba plenamente probado al momento de la terminación laboral que mi representada estaba padeciendo unas enfermedades que le impedían ejercer su labor de forma normal. Es evidente que hay una discriminación frente a lo que se aduce para efecto de terminar el contrato de trabajo invocando una justeza para la terminación de la relación laboral.

Debo advertir a los honorables magistrados que tanto la patología, el origen la estructuración y la discapacidad se generaron con posterioridad a la terminación del contrato de mi representada, en tal sentido, debo reiterar que al momento de la terminación de la relación laboral estaba plenamente probado el estado de salud de mi representada, en tal sentido, es traído de los cabellos referir que era desconocido del empleado para no reconocerle los derechos a mi representada, la pérdida de capacidad laboral se genera obviamente a la terminación del contrato y no era conocido por mi representada, pues así se dijo en la demanda, está en proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral y mal puede interpretarse como eximente al empleador que este no conocía de la discapacidad de mi representada.

Debo referir, honorables magistrados, que la fecha de estructuración puede ser anterior a la fecha que ellos señalaron en la junta de calificación de invalidez, se ha dicho que esta fecha debe estar soportada en la historia clínica, en los exámenes clínicos de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de pérdida de capacidad laboral. Para aquellos casos donde no existe historia clínica se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad, en todo caso esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación, hecho que nunca se di dentro del dictamen que hoy estamos

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ANGELA MARIA RODRÍGUEZ PULIDO en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda a folios 6 y 7, del respectivo acápite, y la subsanación del libelo (folio 344) las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 a 5, encaminadas principalmente a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 16 de marzo de 2004 y hasta el 22 de agosto de 2013, el cual terminó encontrándose la trabajadora en estado de debilidad manifiesta conforme lo prevé la Ley 361 de 1997. En consecuencia, se determine la ineficacia de la terminación por no contar con la autorización del Ministerio de Trabajo o de

debatendo. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado cotizando al sistema de seguridad social, así lo dijo la corte suprema de justicia en protección a la estabilidad laboral reforzada cuando se emiten calificaciones por la junta nacional de calificación.

Igualmente, se ha desconocido la innumerable jurisprudencia constitucional y de la corte suprema en sala laboral que han señalado que toda decisión abiertamente contraria al principio constitucional en materia laboral que en caso de duda la ley debe ser interpretada en favor del trabajador. Igualmente honorables magistrados, debo reiterar los precedentes constitucionales, sobre todo el SU-049 del 2017 que refiere que ha sostenido la corte que el derecho que la estabilidad laboral reforzada no solo proviene de la ley 361 de 1997 ni exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, desde siempre la jurisprudencia ha establecido y es predicable que todas las personas que tengan una afectación en su salud, se les impida el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, toda vez que estas condición particular que puede generar debilidad manifiesta y en consecuencia la persona puede verse discriminada por este solo hecho, por lo mismo la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina de trabajo, aun cuando no presente una situación de pérdida de capacidad moderada, severa o profunda ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido la fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o les dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Al tomar la jurisprudencia desde el año 2015 se puede observar que todas las salas de revisión de la corte sin excepción han seguido esta tendencia como se aprecia en las sentencias T-405 de 2012, T-141 de 2016, T-351 de 2015, T-116 de 2015, T-691 de 2015, T-057 de 2016 y T-751 DE 2016.

Para terminar y con fundamento a todo lo que se ha esbozado se debe revocar la sentencia y por el contrario, se debe acceder a la totalidad de las pretensiones de la demandante, condenando a la demandada BANCO SOCIAL a reintegrar a mi representada a un cargo de similar o mejor jerarquía y desde el 22 de agosto de 2013 pagando todos los salarios, prestaciones sociales tales como auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones así como la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997 y también por no haber contado con el permiso del ministerio de trabajo. Así mismo debe ser condenada a pagar a la demandante a título de indemnización moratoria sobre lo que establece el artículo 65 y todos los conceptos de salarios y prestaciones no pagados por el empleador y hasta cuando se verifique el pago total de lo adeudado. En consecuencia, solicito a los honorables magistrados que se condene a la empresa BANCO CAJA SOCIAL S.A a pagar a la señora ANGELICA MARIA RODRIGUEZ PULIDO todas y cada una de las pretensiones junto con las costas del proceso.”

autoridad judicial competente y se condene a la demandada a reintegrarla al mismo cargo que venía desempeñando, o a uno igual o superior categoría a partir del 22 de agosto de 2013, sin solución de continuidad, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social causadas desde el injustificado despido hasta cuando se produzca su reintegro, así como la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 equivalente a 180 días de salario, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, en tanto, se declaró la existencia del contrato de trabajo y se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar, respecto a la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 que no se acreditaban las condiciones para predicar la misma a favor de la trabajadora por cuanto no se encontraba en una de las hipótesis de limitación moderada o profunda con anterioridad a la terminación del vínculo que fuera de conocimiento de su empleadora, por lo que se entiende que la terminación estaba amparada en la ley.

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral de la demandante con la encartada mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el 16 de marzo de 2004 y finalizó el 22 de agosto de 2013, por decisión unilateral de la empleadora amparado en una presunta justa causa, aspectos que además de haber sido declarado en tales términos por el juez de primera instancia sin reparo alguna por la recurrente, se constata con la documental de folios 163, 164 a 166, 170 a 172, 176, 371 a 372 y 454 a 456.

Establecido lo anterior, partirá la Sala por analizar lo relativo a la invocada estabilidad laboral reforzada por salud.

Funda sus aspiraciones la accionante en la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”*, disposición que en su artículo 26, señala: *“Ninguna **persona limitada puede ser despedida** o su contrato terminado **por razón de su limitación**, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo”*, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización

equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Ahora, los criterios jurídicos para la aplicación de la norma reclamada por el actor, dictadas por la Corporación rectora de la jurisdicción ordinaria, pueden resumirse entre otras, así:

a) Radicado 35606 de 2009:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia [32532 de 2008] para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

b) Radicado SL 6850 de 2016:

“...En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.

Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:

La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.

(...)

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte...” (Resaltado por la Sala)

c) Radicado 67595 de 2017:

(...)

*...si bien el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, que como ya se dijo no es una prueba solemne de la condición de discapacidad, **fue posterior al despido**, lo cierto es que **se fundamentó en las patologías** y en la deficiencia, discapacidad y minusvalía **adquiridas por el actor durante el desarrollo del contrato de trabajo**, tanto así que la fecha de estructuración se definió en el 29 de febrero de 2008, varios meses antes de que se hubiera efectuado la desvinculación...*

d) Radicado SL 1360 del 11 de abril de 2018:

*(...) Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, **en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio**. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado **por razón de su limitación**», lo que, contrario sensu, **quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera**.*

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

e) Radicado SL2841 de 2020:

*“La Sala tiene explicado pacíficamente que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad», es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», **pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este**, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.*

*Aquí, la Sala aclara que prefiere usar el término **discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997** y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.*

(...)

*Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 **está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas***

para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad.

Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.

(...)

Conforme a lo anterior, **no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud**, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.

En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.”

Bajo los criterios jurídicos citados, para lograr la ineficacia del despido o la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, en los términos ya citados, o acreditar la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación.

En esta dirección, ha de señalarse el vínculo laboral entre las partes terminó el 22 de agosto de 2013 por decisión unilateral de la empleadora (folios 170 a 172 y 454 a 456), y en ese sentido, entra la Sala entonces a verificar si en el caso de marras se encuentran acreditados los presupuestos antes señalados, a efectos

de dar aplicación a la Ley 361 de 1997, para lo cual se realiza el análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos.

Así, se tienen como pruebas documentales relevantes las siguientes:

- Comunicación del 23 de marzo de 2011 (folio 167) suscrita por CATALINA OTAVO OTAVO, analista de salud ocupacional de la gerencia de gestión humana en la que informa a la demandante la iniciación del proceso de calificación de origen en primera instancia por la patología “*causalgia*” por lo cual solicita la entrega de una documentación para remitir a la EPS Aliansalud.
- Misiva del 18 de mayo de 2012 dirigida a la actora proveniente de ALIANSALUD EPS en la que informan sobre la continuación del proceso de calificación de la patología CAUSALGIA (folio 168).
- Memorial del 18 de septiembre de 2013 de ALIANSALUD EPS en el que se informa que el caso ya se encuentra en seguimiento por parte del área de medicina laboral (folio 174)
- Comunicación del 20 de enero de 2014 en el que se pone de presente a la convocante que en primera oportunidad esa entidad determinó que el origen de sus patologías “*causalgia*” y “*Síndrome del Túnel Carpiano*” son de origen profesional (folio 180).
- Dictamen No. 52815922 del 22 de agosto de 2015 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en el que únicamente se determina como de origen laboral las patologías de “*síndrome del túnel carpiano*” y “*otras sinovitis y tenosinovitis*” (folios 290 a 296).
- Resumen de historia suscrita por el médico Fabian Herrera Espinosa, Ortopedista y Traumatólogo el 11 de marzo de 2011, de la que se lee “*Paciente quien consulta por primera vez en agosto de 17 de 2007, por presentar dolor en la muñeca mano derecha, antebrazo y codo desde hace dos años, más fuerte al terminar de trabajar (...) Diagnóstico: Epicondilitis codo derecho.*” Allí se hace mención a las consultas de 11 de marzo de 2008, 28 de julio de 2009, 14 de enero de 2010, 18 de febrero

de 2011, en los que persiste el dolor, repitiéndose el diagnóstico de “*síndrome hombro- codo- mano*” (folio 301 y vto.)

- Apartes de la historia clínica de PREMISALUD IPS (folios 302 a 307) en los que se observan consultas el 14 de marzo, 12 de mayo y 17 de septiembre de 2011 por dolor en brazo derecho, en los que se registran como diagnóstico “*epicondilitis*” y “*síndrome del túnel carpiano*”, así como del 9 de marzo de 2013 (folios 321 a 322), 18 de junio de 2013 (folio 325) por esta última patología.
- Copia de las incapacidades médicas expedidas para los periodos 8 a 22 de octubre de 2012 (folio 310 y 313), 31 de enero al 9 de febrero de 2013 (folio 332 y 333).
- Exámenes diagnósticos (RAYOS X DE MANOS COMPARATIVAS, folio 320) del 8 de febrero de 2013 en la que se consigna como impresión diagnóstica “*examen radiográfico sin hallazgos patológicos*”
- Resultado electromiografía en la que se anota esta conclusión: “*estudio anormal compatible con una neuropatía distal compresiva sensitiva y motora del nervio mediano derecho, confirmatorio de un síndrome del túnel del codo grado II (leve)*” (folios 326 a 328)
- Dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional No. 52815922-5673 del 14 de septiembre de 2018, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca (folios 486 a 488), como consecuencia de la prueba que fuera decretada en el trámite del proceso, en el que se otorga una pérdida de capacidad laboral del 18,56% estructurada el 27 de septiembre de 2017, por los diagnósticos de “*otras sinovitis y tenosinovitis*” y síndrome del túnel carpiano.

Adicional a la prueba reseñada, en decurso procesal se recibieron los testimonios de CAROLINA GUTIERREZ CAMARGO², LUZ ADRIANA LÓPEZ

² Cd folio 467, récord 27:08

RUIZ³, ALIRIO MUÑOZ QUIROZ⁴, CATALINA OTAVO OTAVO⁵ y BÁRBARA RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ⁶.

La primera, quien dijo ser compañera de la demandante en la oficina la Primavera del Banco demandado entre 2011 y septiembre de 2012 cuando salió de la entidad, refirió conocía que la demandante venía con dolor en un brazo por el cual estaba en tratamiento previo y señaló que por eso se le habían dado algunas incapacidades, que no había ningún criterio que estableciera alguna restricción para que la actora desempeñara su trabajo y piensa que la oficina tenía conocimiento de la situación de salud la convocante. Desconoce si tenía recomendaciones o restricciones emitidas por una entidad de seguridad social.

Por su parte, LUZ ADRIANA LÓPEZ RUIZ, dijo conocer a la demandante porque trabajaron juntas en el banco Caja Social como 6 u 8 meses, aproximadamente hasta enero de 2013 porque después de esa fecha la deponente fue trasladada a otra oficina. Relató, se dio cuenta que a la actora se le inflamaba mucho el brazo y cuando recibía monedas se le ponía como “duro” a veces lloraba del dolor, se tomaba un medicamento y ya. Comento, mientras compartieron oficina se dio cuenta que la actora se incapacitó en 2 oportunidades como por 10 o 15 días. No tiene conocimiento si existía prescripción médica, o si había alguna restricción y mencionó que la actora no iba mucho al médico porque sabía que le iban a dar incapacidades y consideraba que eso no era bueno. Dijo, no vio acciones discriminatorias por condiciones de salud y que a pesar de sentir dolor ANGELA MARÍA RODRÍGUEZ hacía su labor.

A su turno, ALIRIO MUÑOZ QUIROZ, gerente zonal de Banco Caja Social y BÁRBARA RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Gerente Regional de esa misma entidad financiera, quienes participaron en el trámite del despido de la trabajadora y fungieron como jefes de esta, adujeron no conocer incapacidad, recomendaciones o restricciones reconocidas a favor de la trabajadora o cualquier otra condición que permitiera establecer que se encontraba en una situación de salud particular, señalando, la última incapacidad que pudieron constatar fue una otorgada en el año 2011.

³ Cd folio 467, récord 41:59.

⁴ Cd folio 467, récord 1:01:29

⁵ Cd folio 467, récord 1:20:18.

⁶ Cd folio 467, récord 1:32:42

Finalmente, CATALINA OTAVO, analista de salud integral de la demandada, comentó que en el año 2011 recibió notificación por parte de la EPS sobre la calificación de origen en primera instancia, situación que fue informada a la trabajadora, pero distinto a eso no recibió mas información, esto es, no le fueron entregadas, restricciones, recomendaciones o incapacidades.

De los medios de convicción analizada, a juicio de esta Sala, no se logra establecer que para la fecha de terminación del vínculo laboral (22 de agosto de 2013 -folio 170 a 172-) la demandante se encontraba cobijada por la estabilidad laboral reforzada solicitada, pues con ella no se logra acreditar de manera alguna que para dicha calenda se encontrara en un estado de incapacidad o disminución de sus facultades producida por padecimientos de salud y aunque no se desconoce que ha requerido tratamiento especializado para su padecimiento de “*síndrome del túnel carpiano*” y otras patologías asociadas desde el año 2007, ello no la ubica per sé en un estado de “*discapacidad relevante*”⁷, en tanto no se acreditó que esta patología le generara una imposibilidad o limitación para la ejecución de las actividades contratadas, pues no existen recomendaciones, restricciones o incapacidades de las que se pudiera inferir que para la demandante no era posible realizar sus actividades bajo ciertas condiciones, por el contrario la testigo LUZ ADRIANA LOPEZ RUIZ fue clara en mencionar que aunque sufría de dolores ello no le impedía a la convocante realizar su actividad. Se reitera “*el fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona*”⁸

Enfatiza la Sala, ningún medio de prueba se incorporó al plenario tendiente a acreditar que su afectación de salud, a la fecha de terminación del contrato de trabajo, le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en “*condiciones regulares*”⁹, advirtiendo, ello no puede extractarse del interrogatorio absuelto por la demandante¹⁰ en tanto nada se dijo sobre el particular, ni del dictamen expedido por la Junta Regional de Calificación de

⁷ SL2841 de 2020.

⁸ SL 12998-2017.

⁹ Corte Constitucional T-041 de 2019.

¹⁰ Cd folio 467, récord 21:17.

invalidez en 2018 que fuera decretado y practicado como prueba en el asunto debido a que fueron posteriores a la finalización de la relación laboral y no eran de conocimiento de su ex empleador y en todo caso, la fecha de estructuración que allí se determinó -27 de septiembre de 2017, folio 488- es distante a la calenda en que se produjo el despido. Aquí se debe anotar, la Sala no cuenta con elementos suficientes para determinar que la promotora del juicio tenía ese grado de limitación en el instante en que finalizó su vínculo laboral y de haberse verificado ello, lo cierto es que tal determinación no resulta suficiente para concluir la presencia de una “*discapacidad relevante*” en los términos explicados por el órgano de cierre de esta jurisdicción.

Tales circunstancias derivan en la inaplicabilidad de la ya mencionada Ley 361 de 1997. Y es que la protección dicha normatividad, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del extrabajador, estaría desvirtuada en el caso de marras independiente de si el vínculo terminó, para este caso, con justa o sin justa causa, porque como quedó analizado, para ese momento la demandante no se encontraba en un estado de debilidad manifiesta.

De lo que sigue que no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral corresponde a un acto discriminatorio por su estado de salud, razón por la cual se prohijará la decisión de primer grado en cuanto negó el reintegro con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

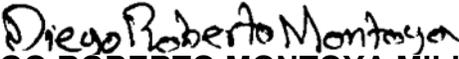
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

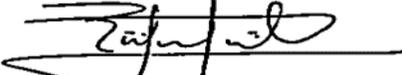
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

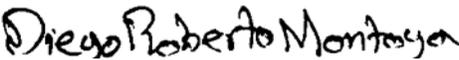
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HARVEY ENRIQUE ARCINIEGAS CHAVARRO INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS (RAD. 27 2017 00411 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 569 a 575 y 576 a 582), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de marzo de 2020 (Cd folio 563, récord 45:05, acta a folio 565), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para demandar propuesta por la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS INDEGA S.A., según lo expuesto.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada INDEGA S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor HARVEY ENRIQUE ARCINIEGAS CHAVARRO identificado con la cedula 79.425.667 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante, en firme esta sentencia, por secretaria practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho \$300.000 moneda corriente.

CUARTO: Se dispone la CONSULTA a favor del demandante en las condiciones ya señaladas.”

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia y en su lugar se acceda al reintegro solicitado. Con tal fin, señala, si bien el artículo 410 del C.S.T permite el despido del trabajador con “*fuero sindical*” aduciendo una justa causa, lo cierto es que en el asunto, dice, no quedó acreditado el incumplimiento del reglamento interno de trabajo que se le atribuye al demandante en tanto no se demostró que fue este quien alteró las certificaciones laborales allegadas a la entidad financiera, como tampoco, que obtuvo un provecho con tales documentos, advirtiendo, ni siquiera se formuló denuncia penal respecto de la alteración de los mismos.

En ese sentido, refiere, no se tuvo en cuenta que en las declaraciones rendidas por los testigos decretados a favor de la convocada y en el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de INDEGA S.A., estos indicaron desconocer si el demandante obtuvo algún beneficio con la alteración de los documentos, no habiéndose logrado confesión por parte del trabajador, por lo que, considera, bajo tales circunstancias no es dable inferir de manera razonable que el convocante fue el autor de dichas certificaciones o que obtuvo provecho de esa situación, carencia demostrativa que alude, va en contravía de la presunción de inocencia.

Por otra parte, no comparte la conclusión del juez respecto al cumplimiento del procedimiento contemplado en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo previo al despido, pues en su sentir, en realidad no se garantizaron los derechos fundamentales de defensa, debido proceso, legalidad de la falta, publicidad, doble instancia e imparcialidad, en el trámite de descargos surtido en contra del actor, particularmente, porque desde su punto de vista se desconocieron los términos previstos en el acuerdo colectivo pues se adelantó un “*procedimiento diseñado para más de 6 días a una sola tarde*” lo cual, asevera va en contravía de lo sostenido por la Corte Constitucional en sentencia C-193 de 2014 (sic).

Finalmente, argumenta, se deben considerar los indicios graves en contra de la pasiva dadas las contradicciones tanto en el escrito de contestación como en la declaración de los testigos que pretendieron desconocer la existencia del

conflicto colectivo, pues esto falta a la verdad¹ (Cd folio. 563, récord 46:00, acta a folio 565).

¹ “Estando en la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acabamos de escuchar y me permito sustentarlo en los siguientes términos.

Lo primero es que el despacho no tiene en cuenta que el artículo 410, no solamente manifiesta que es viable el despido del trabajador con fuero sindical cuando existe una justa causa sin que, como de allí mismo se desprende, dicha justa causa debe ser comprobada. En el caso que nos ocupa, se endilga de incumplir el reglamento interno de trabajo, pero, como allí mismo se puede leer, del artículo 66 del reglamento interno de trabajo que aquí se endilga, no se demostró o comprobó que se creó o alteró el documento como se endilga el incumplimiento del reglamento interno de trabajo. Tal afirmación es reiterada por los testigos de INDEGA y por la representante legal cuando manifiestan que no les consta si el señor demandante creó o alteró el documento o los documentos que se le endilgan en este incumplimiento al reglamento de trabajo.

Así mismo, tampoco se demostró o comprobó el provecho indebido que manifiesta el artículo 66 del reglamento interno de trabajo como quiera que los testigos de INDEGA y la misma representante legal de la demandada, manifiestan que no conocen si tuvo algún beneficio con esta situación, negando con tal hecho el provecho indebido que se le endilga haber recibido por la creación o alteración de estos documentos. Igualmente, estas situaciones fueron negadas por mi prohijado, por lo que no hay ni siquiera una prueba de confesión ni hay una prueba para demostrar precisamente lo que se le endilga en la citación y posterior despido del trabajador.

Así mismo, no existe una sola prueba, ni documental ni testimonial o de otra clase, y ni siquiera una denuncia penal en donde se pueda inferir razonablemente que es el señor demandante quien sacó provecho o creó estos documentos. Esta situación va en contra de una presunción constitucional, aquí no existe ni una sola prueba en contra de la presunción de inocencia, que aparece como ya se ha dicho, en la constitución. Ahora, el despacho manifiesta que demostró lo falso de los documentos como también que el demandante acepta dicha situación, sin embargo, aquí no se endilga como despido que existen documentos falsos, sino que es necesario demostrar la creación, alteración o el provecho indebido como quiera que tales descargos giran en torno a esa situación y, por ende, el posterior despido.

Lamentablemente, y pese de lo que el juez aquí acaba de mencionar, la lógica no puede estar por encima de una presunción constitucional, la lógica no es una prueba y menos es un indicio de responsabilidad en este caso, eso respecto a la justa causa comprobada.

Ahora, tampoco mi persona está de acuerdo respecto a la situación presentada en la convención colectiva, puesto que en los hechos de la demanda frente a la contestación, la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS manifiesta que es respetuosa de la convención y que cumplió con el artículo quince cabalmente, sin embargo, como quedó demostrado a través de pruebas documentales, pese a lo contrario que dijeron los testigos, tanto de la demandada como de la demandante, los términos allí establecidos no se respeta, y esos términos también han sido establecidos en función de derechos fundamentales como el de defensa y debido proceso.

Los testigos afirmaron tanto de una parte como la otra, la existencia del procedimiento y reivindicaron para bien o para mal, que sí se cumplió dicho procedimiento, otros lo negaron, pero efectivamente sí el desarrollo de ese procedimiento convencional así mismo, como en respuesta a hecho décimo de la contestación de la demanda. En el interrogatorio de parte en el que la representante legal se defendía del argumento de la argumentación aquí presentada, que sí hay un respeto de esos términos. Lamentablemente el doctor Albeiro acaba de exponer que no hay lesión al debido proceso, sin embargo, el procedimiento arbitrario e inquisitivo que aquí se adelantó en contra mi cliente no respeta la sentencia C-193 de 2014 de la cual todos los aquí presentes somos conocedores y como allí indica, ese procedimiento sí es violatorio de derechos fundamentales tales como el de legalidad de la falta, publicidad, defensa, contradicción, doble instancia e imparcialidad.

Esa sentencia no fue tenida en cuenta aquí pese a que debería ser uno de los fundamentos más grandes para decidir respecto a procedimiento sancionatorio entre particulares. Sí hay vulneración de los términos tal y como obra en las pruebas documentales y los testimonios que, si bien el juez no los quiere tener en cuenta, no fueron tachados y menos aún existe prueba en contrario de lo que ellos manifiestan. Sí hay vulneración porque se pasó de un procedimiento diseñado para más de 6 días a una sola tarde, eso quiere decir que no hubo un debido proceso, una defensa, una contradicción y menos aún, una doble instancia, haciendo que este proceso se torne ilegal, no solamente por la violación de la convención colectiva en su artículo 15, sino porque no respeta la sentencia C-193 de 2014 (sic), por lo que solicito a

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante HARVEY ENRIQUE ARCINIEGAS CHAVARRO en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones de la demanda inicial, su reforma y la subsanación a la misma visible a folios 4 a 5, 495 y 521, los cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 2 a 4, 493 a 495 y 519 a 521, solicitando de manera principal se declare la ineficacia del despido realizado por la aquí demandada, al omitir el trámite contemplado en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por INDEGA. En consecuencia, se disponga su reintegro al cargo que venía desempeñando “por haber omitido el trámite previsto para realizar tal despido, cuando se encontraba amparado con el derecho de fuero sindical circunstancial (sic)” pues el sindicato SINALTRAPACOL elevó pliego de peticiones ante la demandada INDEGA, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y demás beneficios extralegales causados desde la fecha del despido hasta cuando se produzca su reinstalación, a título de indemnización. En subsidio, persigue se declare

los magistrados del honorable Tribunal Superior de Bogotá, que se refieran a estos dos reparos frente a la justa causa comprobada y, frente al irrespeto del procedimiento sancionatorio de forma convencional y constitucional.

Por último, quiero referirme nuevamente a que en este despacho no se tuvo en cuenta los grandes indicios en contra de la demandada que aquí se presentaron, pues existen más de 20 contradicciones entre la contestación de la demanda, los testimonios de la parte demandada y el interrogatorio de parte, pues manifestar abiertamente no saber sobre el comportamiento disciplinario del actor durante los años que trabajó en la empresa, es una negativa que sí le consta, negar la existencia de los sindicatos, como se manifestó en la contestación de la demanda también es un grave indicio pues es una situación que conoce y pretende eludir a través de dicha afirmación incoherente. Negar la existencia del conflicto colectivo y sus respectivas etapas en la contestación de la demanda también debe ser un indicio en contra porque sí le consta, está faltando a la verdad. Negar la recepción de solicitudes de los documentos por los cuales fue despedido, así mismo negar el procedimiento para las sanciones a través de los testimonios, no presentar denuncia penal por delitos de materia de despido como es su obligación como cualquier ciudadano, no responder a los hechos de la demanda en debida forma sino solamente enunciarlos y negar así mismo, documentos radicados en su despacho y tutelas interpuestas en contra de su respetada entidad.

Así mismo, todos estos indicios son violatorios e irrespetan la convención colectiva y el fuero circunstancial que aquí afortunadamente no fue desvirtuado como era la carga de la prueba de la entidad de mandada pese a su negativa. Entonces, bajo estos argumentos solicito al Tribunal que se revoque la sentencia que acabamos de escuchar como quiera que no tuvo en cuenta las pruebas recaudadas, las presunciones constitucionales, los precedentes jurisprudenciales para el caso que nos ocupa. Muchas gracias.”

ineficaz el despido realizado por la demandada por haberse realizado “*sin mediar una justa causa comprobada*” cuando se encontraba amparado por el “*fuero sindical circunstancial*” y, por consiguiente, se ordene su reintegro al cargo que desempeñaba junto con el pago de las acreencias laborales y las costas procesales. **Obteniendo sentencia desfavorable** por cuanto se declararon probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para demandar y se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante. Lo anterior, tras considerar el juez de primer grado, en primer lugar, si bien, el actor estaba cobijado por el fuero circunstancial por cuanto al momento de terminación de la relación laboral la organización sindical SINALTRAPACOL, a la cual estaba afiliado el demandante, se encontraba vigente una negociación colectiva, lo cierto es que la demandada acreditó la justa causa invocada como causal del finiquito del vínculo con el actor, sustentada en una falta al reglamento de trabajo, calificada en dicho instrumento como grave, consistente en la adulteración de unas certificaciones laborales que fueron entregadas a una entidad financiera, estimando el único que podría sacar un provecho de esta situación era el actor.

Por otro lado, frente al procedimiento establecido en el artículo 15 de la Convención Colectiva de trabajo, advirtió, aunque el acuerdo colectivo allegado al plenario fue suscrito por la aquí demandada y el sindicato SINALTRAINAL, asociación sindical a la que no se encontraba afiliado el actor, concluyó, la entidad empleadora si respetó el trámite allí previsto en tanto otorgó al ex trabajador la oportunidad para ejercer su derecho de defensa y contradicción, y efectuó la citación a la organización sindical, garantizando de esta manera el debido proceso.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes del 5 de julio de 2007 al 9 de mayo de 2017, el cual

terminó por decisión unilateral de la empleadora, circunstancias que además de haber sido excluidas del debate probatorio, fueron aceptadas por la encartada desde la contestación de la demanda (folio 525, respuesta hecho primero) y se constata de la documental visible a folios 279 a 280, 23 a 24 y 283.

De igual forma, tampoco se discute que al momento del despido el trabajador se encontraba amparado por el fuero circunstancial en virtud del conflicto colectivo vigente entre INDEGA y el sindicato SINALTRAPACOL, último al cual se encontraba afiliado el demandante; negociación colectiva que finiquitó con la sentencia SL1218 del 12 de julio de 2017 proferida por la Corte Suprema de Justicia (folios 507 a 508) mediante la cual se anuló la parte resolutive del laudo arbitral que fue impugnado (folios 452 a 461), conclusiones a las que arribó el juez de primer grado no controvertidas en esta instancia por el recurrente.

En ese orden, el problema jurídico que debe desatar la Sala, conforme los motivos de apelación y en virtud del principio de consonancia, se circunscribe a determinar si la justa causa alegada por el empleador en efecto existió o si por el contrario hay lugar a reincorporar al demandante a su puesto de trabajo en virtud del fuero circunstancial. Atendiendo las resultas de tales premisas, se ocupará esta Corporación de establecer si para el despido del demandante la encartada cumplió con las disposiciones convencionales establecidas para tal fin y en consecuencia si procede el reintegro del trabajador.

Previo a abordar el examen de fondo de la controversia planteada, es menester recordar, de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965² y la interpretación jurisprudencial, el llamado fuero circunstancial constituye una protección laboral a los trabajadores que presentan el pliego de peticiones, para que no se les despidan sin justa causa comprobada, a partir del momento en que se inicia el conflicto colectivo con la respectiva presentación del pliego de peticiones, garantía de la cual gozan trabajadores sindicalizados o no sindicalizados como lo dispone el inciso tercero del artículo 36 del Decreto 1469³, la cual se extiende desde la iniciación del conflicto, durante toda la

² *Protección en conflictos colectivos. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.*

³ *“La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su*

negociación colectiva, hasta la solución del mismo, momento hasta el que rige la prohibición de despedir, siendo ineficaz el despido que ocurra en ese segmento de tiempo.

En síntesis, con esta prescripción normativa el legislador lo que busca es que la negociación colectiva se desarrolle dentro de la empresa en un ambiente de respeto recíproco entre sus protagonistas, en aras de obtener mejores, adecuadas y razonables condiciones de trabajo, restringiendo la posibilidad que tiene el empleador de terminar unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa, con el correspondiente pago de la indemnización por despido injusto, y protegiendo de esta forma al trabajador, de conductas retaliativas por parte de su empleador, que contravengan su derecho de asociación.

Valga precisar, según lo dispuesto en esa disposición -Decreto 2351 de 1965-, dicha protección no es absoluta, pues ésta solo opera en aquellos casos en que el despido se produzca sin invocación de una justa causa, evento en el que procedería ineludiblemente la declaratoria de ineficacia del despido con el consecuente orden de reintegro

En esa dirección, y como quiera que tal como se advirtió, en autos no se discute la protección foral del demandante, teniendo en cuenta los argumentos de la alzada deberá establecerse si los supuestos fácticos alegados por el empleador, hoy demandada en la misiva de despido tuvieron ocurrencia y si constituyen verdaderamente justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., "*En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)*" por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso"

Por su parte, el párrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, advirtiendo, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa⁴.

De tal suerte, como se anunció al inicio, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada mediante comunicación calendada 9 de mayo de 2017 (folios 23 a 24 y 490 a 492); en cuanto a su entrega al accionante, aunque este no se refiere expresamente al recibo de la misma en su escrito introductor, en el hecho cuarto (folio 3) hizo mención a la terminación unilateral del contrato de trabajo de la que fue sujeto en la fecha reseñada. Adicionalmente, en la misiva de folio 492, se anotó:

“Siendo a las 4:11 pm del día 9 de mayo de 2017 se procede a dar lectura del documento adjunto en donde se notifica la decisión de la compañía del dar por terminado su contrato con justa causa ante el señor Harvey Arciniegas quien conociendo el contenido se niega a recibirlo y firmarlo...”

Dicha acotación viene precedida de la rúbrica de MARTHA PEÑALOZA, FERNANDO ANGULO y LORENA URREGO, como testigos. Además, una copia de tal escrito fue incorporado a las diligencias por el propio demandante.

Ahora, en la misiva (folios 23 y 24) se señalaron como casusas del despido las siguientes:

“Por medio de la presente, la sociedad INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. le informa de la decisión de terminar su contrato de trabajo con justa causa.

Lo anterior teniendo en cuenta los hechos que a continuación se señalan:

⁴ Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz *“(…) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono.” la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley...”*

Luego de evaluar el reciente proceso disciplinario adelantado en su caso, junto con las pruebas que hacen parte del mismo, la Compañía pudo constatar que usted violó gravemente el Reglamento Interno de Trabajo, que establece la prohibición de “crear o alterar documentos para su beneficio personal mediante la presentación de los mismos (...) tendientes a obtener un provecho indebido”, establecido en el artículo 66 literal 46 del RIT, así como las obligaciones generadas del contrato de trabajo como actuar de buena fe en el desarrollo del mismo.

*Se pudo evidenciar que su comportamiento atentó flagrantemente **contra lo dispuesto en las normas internas de la Compañía y contra una disposición legal** al haber presentado ante el Banco Occidente, información inexacta y que no se ajusta a la realidad, como lo son dos certificaciones laborales presentadas ante esta entidad bancaria con el fin de solicitar un préstamo, en las cuales consta un salario que no corresponde a lo devengado por Usted en la Compañía.*

Fue puesto en conocimiento de la Compañía que en los documentos para solicitar un préstamo por su parte, en el Banco de Occidente, constan dos certificaciones laborales en las que aparece lo siguiente:

- i) Como salario una suma superior que no corresponden a la realidad,*
- ii) Se observa que las supuestas certificaciones son firmadas por dos personas que no corresponden al área de recursos humanos.*
- iii) Se observa que como teléfono de contacto se pone la extensión que le fue asignada como trabajador.*

En virtud a los graves hechos relatados anteriormente, Usted fue citado en la oportunidad correspondiente y rindió diligencia de descargos el día 9 de mayo de 2017. Se procedió posteriormente a citar a la Organización Sindical a la cual usted se encuentra afiliado para que se reunieran con el Gerente de la Planta, dando con esto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de Convención Colectiva de Trabajo Vigente.

Las situaciones antes enunciadas, representan que Usted omitió la verdad al haber presentado documentos supuestamente emanados de su empleador con información inexacta, donde el valor de su salario no correspondía a su salario con el fin de obtener un beneficio particular ante terceros.

En este orden de ideas, las manifestaciones por Usted planteadas en la diligencia de descargos, no son de recibo, ya que resulta evidente de las pruebas obrantes en el proceso, que Usted presentó documentos de la Compañía, con información contraria a la realidad.

Conforme a lo expuesto, la Compañía se permite notificarle la terminación de su contrato de trabajo al concluir que Usted violó gravemente las obligaciones dispuestas en el artículo 66 del Reglamento Interno de la Compañía y prohibiciones de orden legal, reglamentario y contractual, conforme a lo establecido en el numeral 2° de literal a) del Artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 y las obligaciones generales de su contrato de trabajo entre las que están actuar de buena fe en el desarrollo del mismo...”

En los términos anteriores, es claro, lo que motivó el despido del convocante fue la presunta alteración de dos certificaciones laborales, supuestamente

expedidas por la empleadora, las cuales contenían información que no se acompañaba con la realidad del trabajador pues en ellas constaba un salario superior al realmente devengado, estaban suscritas por personas no vinculadas al área de recursos humanos y se relacionó como teléfono de verificación precisamente la extensión asignada al actor, documentos con los cuales, a juicio de la demandada, el demandante pretendía obtener un beneficio ante la entidad financiera a la cual las aportó.

En ese orden, frente a la causal invocada en la misiva de despido, se advierte, mediante comunicación del 9 de mayo de 2017 (folios 22 y 479), la demandada, a través de Fernando Angulo, jefe de recursos humanos, citó a HARVEY ARCINIEGAS con el fin de que acudiera a diligencia de descargos en esa misma calenda a las 2:30 p.m., a efectos de escuchar su versión respecto de lo siguiente:

“Dando cumplimiento a los términos estipulados en la Convención Colectiva de Trabajo vigente, la compañía lo cita para adelantar el proceso disciplinario sobre los hechos que se detallan a continuación, trámite que realizará el próximo 09 de mayo de 2017. Por lo anterior, sírvase presentarse el día citado en la Oficina del Jefe de Recursos Humanos (Sala Amarilla) a las 2:30 PM a fin de aclarar los siguientes hechos:

(...) Presunto incumplimiento al Reglamento Interno De Trabajo, al radicar información inexacta y que no se ajusta a la realidad en documentos de la Compañía.

Le recordamos el derecho que tiene de ser asistido en la diligencia de descargos si lo requieren por dos (02) compañeros de la organización sindical a la cual se encuentra afiliado.

La no concurrencia a la cita en la fecha, hora y lugar indicados, se considerará como una aceptación tácita por su parte de los cargos que se le imputan y que por lo tanto no tiene nada que manifestar al respecto.

(...)”

La diligencia de descargos del actor se adelantó en la data y hora anotada en la citación (folios 18 a 21) según se dejó consignado en el acta por él suscrita (folio 345 a 351). En esa oportunidad, refirió, llevaba casi 10 años en la Compañía y que desconocía las razones de su citación. Al cuestionársele sobre el monto devengado por concepto de salario, este manifestó *“No me acuerdo bien exacto, no me acuerdo como millón 600 o millón 500”*. Seguidamente se le indaga *“Sírvase indicarnos cuál es el procedimiento ante la Compañía para solicitar una certificación laboral y a quien se la solicita”*,

respecto a lo cual contestó (folio 18 vto.) *“YO siempre se la he solicitado a Lorena Personalmente”*.

Se le preguntó también, si había pedido certificaciones laborales para la anualidad de 2015, a lo que refirió *“creo que solicite una, me parece”*, misma pregunta fue realizada, pero en lo que atañe al año 2017, momento en el cual contestó, no haber solicitado dicha certificación.

Posteriormente, se le indagó respecto de quién elaboró la certificación por parte de la compañía, lo que respondió *“tuvo que haber sido Lorena Urrego, en esa época ella aún las realizaba”*, y al cuestionarle si conocía a los señores Mario Rodríguez y Eliana Rodríguez, dijo no saber quiénes son. En torno a la pregunta, *“Sírvase indicar ¿si usted ha presentado solicitudes de crédito en el Banco de Occidente?”* el actor manifestó *“El año pasado precisamente solicite uno”*.

En cuanto a la documentación aportada, para dicho trámite refirió que únicamente aportó el certificado de ingresos y retenciones, así como efectuar el diligenciamiento de un formulario, advirtiendo *“mi banco siempre ha sido el banco de occidente y sólo me piden actualizar el certificado de ingresos y retenciones y atravez (sic) de este documento me actualizan toda la información, yo no necesito firmar ningún otro documento, yo para cada préstamo que pido no debo presentar ningún documento”*.

Tras ponérsele de presente dos certificaciones laborales se indagó si estas habían sido radicadas en el banco de occidente, a lo que asentó: *“No ni idea, como le digo, yo siempre he presentado el certificado de ingresos y retenciones que me expide la compañía”*. Igualmente, se le pregunta porque el salario certificado en la certificación de 2015 es de \$2.890.000 frente a lo cual apuntó *“No nada, yo ganaba lo que estaba ganando en ese año lo que ustedes dicen”* y respecto a la de 2017 en la que figura como salario \$3.198.600 dijo *“ojala me pagaran eso”*

Adujo desconocer las personas que suscribían los documentos.

En dicha diligencia, también se le inquirió acerca del número telefónico fijo de la compañía y la extensión a él asignada, a lo cual indicó *“mi extensión es la 2134 y el número es 4239393”*; posterior a dicha interrogación, se le cuestionó lo siguiente: *“Indique el motivo por el cual, en la certificación anterior, aparece el teléfono 4239393 EXT: 2134 que corresponde a su extensión? y contestó: “Ni idea”.*

Particularmente, sobre los hechos enunciados en la citación, quedó consignado en el acta de descargos lo siguiente (folio 483):

“Empresa: Sírvase indicar el motivo por el cual ambas certificaciones tienen la misma firma, pese a que tienen diferente nombre, esto es Eliana Rodríguez y Mario Rodríguez?”

Trabajador: Ni idea.

Empresa: Indique quien le realizó estas certificaciones teniendo en cuenta que ninguna de las dos personas que firman pertenecen al área de Recursos Humanos y tienen sus datos?”

Trabajador: No tengo conocimiento, no puedo decir nada

Empresa: Tuvimos conocimiento por parte del Banco Occidente que Usted efectivamente presentó y radicó ante esta Entidad bancaria las certificaciones anteriores, las cuales certifican información inexacta y que no se ajusta a la realidad, toda vez que su salario no es el que especifica en ninguna de las dos certificaciones entregadas por Usted al Banco de Occidente, qué tiene que decir al respecto?”

Trabajador: No ni idea, le digo vuelvo y le repito yo siempre llevo solo el certificado de ingresos para el banco de occidente para cualquier trámite”

Las respuestas dadas por el trabajador en la diligencia de descargos, a juicio de esta Corporación, no pueden calificarse de manera alguna como confesión o aceptación de los hechos endilgados pues por el contrario, sus manifestaciones tienden a ser evasivas sobre lo cuestionado.

Ahora bien, dentro de las diligencias se aportaron como medios de convicción los siguientes que a continuación se destacan:

Al absolver el interrogatorio de parte, el representante legal de la compañía demandada relató, en el año 2017 el Banco de Occidente se comunicó con esa sociedad a efectos de validar el contenido de una certificación laboral expedida a favor del actor, sin embargo, se percatan que el documento descrito por la

entidad financiera no había sido emitida por INDEGA; del mismo modo, en esa oportunidad el banco pone de presente una certificación del 2015 que también contenía información incorrecta del demandante, además de estar suscritas por personas que no pertenecían al área de recursos humanos de la compañía o que de hecho no habían laborado para la demandada, aun cuando esa dependencia era la única encargada de expedir ese tipo de certificaciones. Destaca, aunque estaba el PBX de la empresa, el número de contacto de la persona signante era el asignado al señor HARVEY ARCINIEGAS. A partir de esa información, dice, se efectúan las convalidaciones pertinentes y se confirma que las certificaciones no fueron emitidas por esa sociedad con lo que consideraron existía una violación al reglamento interno de trabajo y al código sustantivo del trabajo que daba lugar a una justa causa para terminar el contrato laboral. Comentó, aunque no tienen certeza de quien es el autor o autores de la certificación, pues lo único que se constató es que no había sido emitida por la entidad, lo cierto era que la extensión del PBX era del demandante y fue este quien solicitó el préstamo, esto último menciona, según lo aducido por la entidad bancaria que aseveró que quien presentó la solicitud de crédito fue HARVEY ARCINIEGAS, adjuntándose con la misma el documento señalado. Mencionó, desconoce si el Banco de Occidente inició acciones penales contra el actor. Al indagársele sobre la forma en que fue remitida la información a la compañía por parte del Banco de Occidente, anotó el primer acercamiento fue vía telefónica luego envían en físico los documentos con los que se hace nuevamente la validación en la que confirman la imprecisión de la información contenida en la certificación, procediendo al despido teniendo como prueba las certificaciones, la información del banco y la ausencia de elementos de defensa que permitieran desvirtuar lo referido por el Banco.

A su turno el demandante en la declaración rendida ante estrado judicial⁵, refirió no acordarse de haber solicitado certificación laboral en los años 2015 y 2017 ni cual era el monto del salario devengado para dichas anualidades, limitándose a referir que para este último año era de mas o menos \$1.640.000. Al indagársele si se le pusieron de presente en la diligencia de descargos las certificaciones de 2015 y 2017 entregadas por el banco, respondió afirmativamente, puntualizando *“desde ese momento yo quedo sorprendido*

⁵ Cd folio 549 récord 44:50

porque a mí me habían citado para un supuesto llamado de atención por un incumplimiento del reglamento interno, yo tenía entendido que era más por cuestiones de documentaciones que yo había pasado a la empresa y que supuestamente yo había adulterado y nunca con respecto a una certificación que se hubiera podido pasar a un banco” (49:59). Indicó su extensión dentro de la empresa era la 2134. De otro lado sostuvo, que Lorena Urrego era la encargada de firmar las certificaciones laborales y respecto de las personas que firmaron las cuestionadas certificaciones, indicó no conocerlos.

De igual forma, se recibieron los testimonios de MARTÍN MUÑOZ⁶, JULIO HERNÁN AVELLO PINZÓN⁷, NIDIA ESPERANZA AVELLA PEÑA⁸, LEIDY LORENA URREGO⁹ y FERNANDO ANGULO¹⁰.

El primero, ningún elemento aporta al asunto respecto a la forma o razones que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo del demandante, pues si bien laboró para la compañía demandada, solo estuvo vinculado hasta el año 2012, esto es, 5 años antes del retiro del demandante, limitando su declaración a los aspectos relativos a la negociación colectiva.

Por su parte, JULIO HERNÁN AVELLO PINZÓN, compañero del demandante y directivo sindical, frente al tema apuntó: como a las 2:10 p.m. HARVEY ARCINIEGAS lo llamó angustiado manifestándole que lo habían citado a rendir descargos que no sabía cuál era el motivo, pero *“que le hablaban de un papel que era de un tercero supuestamente me decía que un banco”*, con el fin de que, en su calidad asociado sindical, lo acompañara a la diligencia. Indicó, no pudo asistir porque se encontraba en la planta sur pero se percató de advertirle al demandante *“que eso violaba el procedimiento disciplinario”*. La versión rendida por el testigo, dista de lo señalado por el demandante al absolver el interrogatorio frente al desconocimiento de las razones de la citación a descargos pues, de lo dicho por el declarante se extrae que el demandante sabía del documento entregado al banco y de la contradicción del reglamento.

⁶ Cd folio 560, récord 57:13.

⁷ Cd folio 560, récord 1:17:35

⁸ Cd folio 560, récord 1:46:37

⁹ Cd folio 560, récord 2:08:08

¹⁰ Cd folio 560, récord 2:36:33

NIDIA ESPERANZA AVELLA PEÑA, quien trabaja en el área de recursos humanos de INDEGA, en lo que interesa, al indagársele sobre las causas que rodearon la terminación del contrato, mencionó que estuvo asociada a una certificación que al parecer él se “*auto expidió*” o que por lo menos no emitió el área de recursos humanos, por lo cual se agotó el procedimiento previsto en la convención suscrita con SINTRAINDEGA.

A su turno, LEIDY LORENA URREGO¹¹, quien labora para la entidad demandada desde hace aproximadamente 10 años como coordinadora de nómina, en lo que atañe a los hechos discutidos señaló que estuvo presente en la diligencia de descargos, en la cual se le endilgaron al actor inconsistencias en un documento presentado ante un Banco, específicamente una certificación laboral, que luego llegó a la empresa, y una vez validada internamente la información, constataron que no había sido emitida por la compañía, precisando, ella era precisamente la encargada de expedir las certificaciones laborales pues hacía parte de sus funciones, sin embargo las adosadas por la entidad financiera no habían sido otorgadas por esta. Al cuestionársele cuándo se enteró la empresa de la certificación, cuándo se validó esa información y se corroboró que no habían sido expedida por recursos humanos, refirió no recordar la fecha por cuanto no fue partícipe de la investigación como tal, ya que esa la adelantó la oficina central. Indicó, en el trámite de descargos se le pusieron de presente al demandante dos certificaciones una de 2015 y otra de 2017 que aparecían firmadas por personas que no eran del área de talento humano, señalando, una de ellas ni siquiera trabajaba para la compañía. Asegura, nunca expidió certificación al demandante en el 2017 y no recuerda haberlo hecho para el año 2015, pero explicó el documento que se puso a la vista correspondía a un formato similar a los que se expide por la empresa pero el salario no correspondía al devengado por el trabajador, era mayor. Adicionalmente, refiere, en las certificaciones figuraba la extensión del señor Arciniegas, cuando en esos documentos por regla general aparece es su número de teléfono o extensión -de la testigo- precisamente para efectos de que se corrobore la misma con base en la información que ella maneja. De otra parte, respecto a la forma como se enteró la empresa de la certificación, relató, el Banco de Occidente llamó a la extensión que aparecía en la certificación y como no contestaron, se comunicaron con recepción quien pasa la llamada a

¹¹ Cd folio 560, récord 02:08:08.

nómina, estos cuestionan por la persona suscriptora de la certificación y la fecha del documento, percatándose que la información consignada no resulta consistente con la que reposa en la empresa y por ello solicitan a la entidad financiera la remisión de la certificación para verificación de la empresa, siendo arrimadas dos, una del año 2015 y otra de 2017.

FERNANDO ANGULO¹², Jefe de recursos humanos de INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS, cargo desempeñado al momento de la terminación del contrato, específicamente en la sede norte de Bogotá donde prestó sus servicios el demandante refirió que el Banco de Occidente se comunicó con la compañía para revisar una certificación laboral que HARVEY ARCINIEGAS había suministrado a esa entidad financiera, desconoce para qué trámite, pero cuando fueron validar se dieron cuenta que la información no era correcta. Se solicita copia al Banco, quien remite las certificaciones las cuales pasan a ser verificadas por el área correspondiente quienes concluyen que tales documentos no habían sido expedidos por ninguna persona vinculada a esa sociedad, ya que, quienes firmaban uno no pertenecía al área de recursos humanos (Mario Rodríguez) y otro no tenía relación alguna con la empresa (Eliana Rodríguez), advirtiendo, quien estaba a cargo de la expedición de las certificaciones laborales, era la señora Lorena Urrego. Particularmente los errores más ostensibles era lo relativo al salario, la persona que suscribía por la entidad y la extensión para la validación del contenido de esa constancia pues era la asignada al demandante. El 5 de mayo es cuando constatan la situación y por eso el 9 siguiente, dentro de los 3 días hábiles siguientes a que se refiere la convención, citaron al trabajador a descargos, en cuya diligencia el trabajador negó haber entregado tales certificaciones al banco. Advierte la decisión se toma no por la falsedad del documento, pues no les constaba que quien elaboró el documento fue HARVEY ARCINIEGAS, sino por haber presentado tales documentos a un tercero en nombre de la compañía cuya información no se ajustaba a la realidad.

La prueba testimonial goza de plena credibilidad por parte de esta Sala de decisión dado que los testigos fueron espontáneos, dando la razón de su dicho sin que se percibiera ánimo de favorecer alguna de las partes, aunado a que

¹² Cd folio 560 récord 02:36:33.

les consta de manera directa los hechos narrados por su condición de trabajadores de la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. y por haber participado dentro del proceso de descargos que se adelantó al actor.

Por otra parte, al plenario se incorporó copia de las certificaciones que fueron presuntamente adulteradas y entregadas a la entidad financiera (folios 341 y 342), las cuales contienen información del demandante y su vinculación laboral con la sociedad encartada consignando como salarios los valores reseñados por la empresa demandada en los descargos -\$2.890.000 y \$3.198.600- y los que, según el propio dicho del actor, no son los por él devengados (folio 348). Tales legajos, figuran signados por ELIANA RODRÍGUEZ y MARIO RODRÍGUEZ, cuyas rúbricas a simple vista se observan idénticas, figura como número de contacto el de la empresa con la extensión "2134" que el actor reconoció como suya tanto en la diligencia de descargos como en el interrogatorio de parte rendido ante el *a quo* (Cd. 549 folio Récord 44:50)¹³.

Así pues, analizada en conjunto la prueba recaudada, para la Sala, contrario a lo señalado por el recurrente, si se encuentra configurado el hecho atribuido como causal de despido en tanto, aunque es cierto que el demandante no acepta haber elaborado, suscrito o presentado las certificaciones ante la entidad financiera que, además de no haber sido elaboradas por la Compañía, contenían información falaz sobre la relación contractual del demandante, eso es atendible en la medida que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo, no obstante, las respuestas dadas en la diligencia de descargos y en el interrogatorio de parte si se advierten evasivas en aspectos como la presentación de solicitudes de crédito o cualquier otro producto ante el Banco de Occidente, del cual reconoció era cliente, o el salario devengado frente a lo cual manifestó no acordarse, pese a tratarse de aspectos que le correspondería saber por ser personales, las cuales se valoran como indicio grave en su contra.

Adicionalmente, los testigos, con las excepciones anotadas al momento de discriminar la prueba, fueron contestes en señalar que conforme la información

¹³ "PREGUNTA: ¿Diga cómo es cierto sí o no, que para el año 2017 la extensión asignada a usted dentro de la compañía era el número 2134?

RESPUESTA: Sí, esa era la extensión que me habían adjudicado

(...) PREGUNTA: ¿en el 2017 se le asignó alguna extensión?

RESPUESTA: en el 2017, sí, estaba yo en el puesto de trabajo y una extensión que era la 2134"

entregada telefónicamente por la entidad financiera, había sido HARVEY ARCINIEGAS quien presentó las certificaciones laborales supuestamente expedidas por la Compañía junto con una solicitud de crédito, cuya copia fue obtenida por la empresa gracias a la remisión que el Banco de Occidente les hiciera luego de establecer contacto telefónico con esta, lo que explica la forma en que la encartada obtuvo el conocimiento de la situación irregular y que le permitió adelantar la investigación interna en la que concluyó que tales certificaciones, además de contener información que no se acompasaba con la realidad de la vinculación del demandante, particularmente en lo relativo al salario, lo cual no fue desconocido por el demandante, no habían sido expedidas por la empresa y menos aun por empleados del área de recursos humanos y aunque Mario Rodríguez, una de las personas que figuran como signantes de una de las certificaciones laborales sí laboraba en la empresa convocada a juicio, conforme a las averiguaciones realizadas por INDEGA y según lo ilustrado por los deponentes este desconoció haber firmado ese documento.

Además de lo anterior, llama la atención el hecho que el número telefónico de verificación en las certificaciones corresponda a la extensión asignada al actor, la que este reconoció como suya, lo que es un claro indicio de, si se quiere, la mala fe con la que se actuó frente a la compañía financiera pues ese dato le permitiría, eventualmente, dar fe de lo contenido en la certificación cuando el Banco se comunicara a corroborar información, lo cual normalmente ocurre, con tan mala suerte que el Banco, ante la ausencia de respuesta, terminó comunicándose con el área de recursos humanos quien se percata de las irregularidades en la información.

Ahora bien, comprobado como se encuentra el hecho que motivó el despido, se procede a verificar si ello se enmarca dentro de las justas causas reguladas por la ley, advirtiéndose, al plenario se incorporó copia del *“REGLAMENTO INTERNO TRABAJO DE LA EMPRESA PANAMCO COLOMBIA S.A.”* (folios 286 a 318), en cuyo numeral 46 del artículo 66, se estableció como prohibición especial de los trabajadores, lo siguiente (folio 313):

“46. Crear o alterar documentos para su beneficio personal mediante la presentación de los mismos para su admisión de la Empresa o tendientes a obtener un provecho indebido.”

En ese mismo instrumento, en el literal d) del artículo 69 (folio 315) se indicó:

“Constituyen faltas graves:

(...) d) La violación de cualquiera de las obligaciones y prohibiciones contenidas en los Arts. 64 y 66 de este Reglamento que se calificaran como graves.”

Así mismo, en el contrato de trabajo suscrito por las partes (folios 279 y 280) en su clausula sexta, quedó consignado:

“Causas de Terminación: Serán en general las de ley, los reglamentos y demás disposiciones vigentes.”

Preliminarmente se advierte, en la alzada el actor no discute el conocimiento del contenido del reglamento interno de trabajo, instrumento que, en todo caso, en los términos del artículo 107 del C.S.T. hace parte del contrato individual de trabajo, centrando su argumentación en la interpretación que debe darse a la prohibición aducida por el *a quo* como violada.

Ahora, pese a que, como ya se dijo, se encontraron acreditados los hechos atribuidos como causal de despido, para la Sala, le asiste razón al recurrente al referir que su conducta no se enmarca en la prohibición 46, del artículo 66 del reglamento interno de trabajo ya citado, por cuanto, para que acaeciera la misma se requería que el demandante “*creara o alterara*” los documentos para presentarlos, situación ésta que, tal como lo reconoció la demandada, no se halló demostrada.

Sin embargo, cabe señalar, respecto de los motivos invocados en la carta de finalización de la relación laboral, que al quedar demostrada su efectiva ocurrencia, corresponde al juzgador enmarcar la conducta dentro de las causales previstas en la ley como justa causa de despido, observando si las partes directamente calificaron o no esa conducta como falta grave, no siendo necesario que se citen o se señalen inequívocamente las normas que en que se subsumen los hechos que justifican la decisión, pues basta con identificar los motivos concretos que se le imputan al trabajador, correspondiéndole al juez verificar si los mismos están o no tipificados en la ley como justa causa.

En ese sentido lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 2123 de 2020¹⁴, en la que señaló:

“Debe aclararse que, aunque la sociedad demandada no citó la norma en que subsumió los hechos, ello no era un imperativo conforme lo tiene adoctrinado la sala, pues bastaba con identificar los motivos concretos que se le imputaron al trabajador y que dieron lugar a su despido, correspondiéndole al juez verificar si los motivos invocados estaban o no tipificados en el ordenamiento. Al respecto en sentencia CSJ SL 22041, 1º jun. 2004, se precisó:

Acerca de esa manera de invocar el motivo o la causa que determina el rompimiento del vínculo laboral, la Sala tiene definido que resulta suficiente que el empleador manifieste los hechos o motivos que dan lugar a la terminación de la relación laboral, sin que sea imperativo citar la norma en que se subsumen, pues corresponde al juez determinar si los mismos están tipificados como justa causa legal para romper el nexo contractual [...].

(...)”

En ese orden, si bien en principio puede decirse que el hecho que dio lugar al despido, pese a encontrarse demostrado, no se enmarca en la prohibición alegada por el empleador al poner fin al vínculo y en ese sentido no existiría una justa causa para proceder al despido, lo cierto es que en los términos de la jurisprudencia a que se ha hecho mención, es posible que se enmarque la

¹⁴ De antaño, el Alto Tribunal de esta jurisprudencia ha reiterado que: “*el patrono debe manifestar en forma expresa e inequívoca los motivos concretos que tenga, o la causal o causales que invoque para prescindir de los servicios de un trabajador, cuando quiera que vaya a dar por terminado unilateralmente el contrato de acuerdo con lo establecido por el artículo 7º aparte a) del Decreto Legislativo 2351 de 1965 y que esa manifestación debe hacerla en el momento mismo del fenecimiento del contrato, para que sea válida, según lo enseña el parágrafo de dicho precepto.*

Indicar los hechos motivantes del despido o decir la causal legítima invocada para ese proceder son las dos formas igualmente eficaces para que el patrono ha de emplear si quiere dar por terminado unilateralmente el contrato en las hipótesis previstas por el artículo 7º aparte a) del decreto Legislativo 2351 de 1965. Pero se acomoda de manera más estricta a los dictados de la lealtad con su contraparte el uso de la primera de tales formas, pues le permite mayor amplitud en su defensa ante los jueces al despido, ya que es más sencillo contraprobar sobre hechos concretos que respecto de causales abstractas en la ley” Sentencia del 27 de octubre de 1977.

Del mismo modo, en sentencia del 12 de noviembre de 1986, expediente 625, asentó: “*Es verdad que el numeral 2º de dicha disposición se consagra como justa causa para dar por terminado el contrato “todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o gravo indisciplina en que incurre el trabajador en sus labores contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo” pero también es cierto que, conforme al parágrafo del mismo artículo, la parte que hace cesar el contrato debe expresar en el momento de la terminación, sin que posteriormente pueda invocar razones o causas distintas.*

Si fuera permisible que en la carta de despido sólo se enumeran las causales (sic) genéricas que traen el código o una determinada disposición para dar por fenecido justamente el contrato de trabajo, tendría la parte que despidió tanta amplitud para hacer encajar dentro de esas causales y ya en el juicio, cualquier comportamiento, actitud o manifestación de la parte afectada, que podría equivaler o justificar el despido con posterioridad a su realización, lo cual es a todas luces inadmisibles”

situación descrita en cualquier otro incumplimiento a las obligaciones o prohibiciones del trabajador, advirtiendo la Sala, en el numeral 24 del artículo 66 del Reglamento Interno de Trabajo (folio 447) se estableció como prohibición especial la siguiente:

“24. Haber presentado para la admisión en la empresa o presentar después para cualquier efecto, documentos o papeles falsos dolosos, incompletos, enmendados o no ceñidos a la estricta verdad” (Negrilla y Subrayas de la Sala)

Así pues, en sentir de la Sala la conducta que motivó el retiro del trabajador se encuadra en esta prohibición, pues en la realidad, presentó documentos supuestamente emanados de su empleador, ante un tercero en el que se consignó información falaz, particularmente, frente al valor de su retribución mensual, cuya inobservancia a la luz del antecitado artículo 69 del Reglamento Interno de Trabajo está calificada como una falta grave (folio 450).

En este punto se insiste, lo indispensable es que en la carta de despido se señalen los motivos por los cuales prescinde de los servicios del trabajador, precisando, el empleador cumple con esa carga describiendo lo discutido en la diligencia de descargos sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar de los incumplimientos achacados, lo cual demuestra que las partes conocen de los hechos en que se funda la decisión de terminar unilateralmente el contrato laboral.

Así las cosas, en consonancia con la prueba analizada, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo se encuentran acreditados, pues lo que acaeció en el *sub lite*, de presentar certificaciones laborales de su vinculación con INDEGA, ante una entidad financiera que no fue elaborada ni expedida por la Compañía demandada, en la que además constaba información no real de su salario, con la cual procuraba el actor obtener un provecho indebido atinente a la consecución de un crédito con el Banco fundado en información no veraz, en los términos del numeral 6 del literal a) del artículo 62, como ya se dijo, constituye una justa causa para despedir, si se tiene en cuenta, además, es que a través del reglamento interno de trabajo que se califica dicha conducta como grave.

En este punto, debe decirse, el juez laboral está eximido de calificar nuevamente la gravedad de la falta cometida por el trabajador, pues ya se ha establecido tal carácter en el reglamento interno de trabajo, invocando en el contrato de trabajo como causas de terminación las contempladas en la ley y del reglamento de interno de trabajo, debiendo simplemente determinarse si los hechos realmente configuran la falta grave atribuida¹⁵, tal y como acaeció en autos.

Así mismo, valga advertir, es indiferente para la configuración de la justa causa, en que con la comisión de la conducta se haya o no conseguido un provecho indebido, pues basta con que esta se encuentre calificada por las partes como grave, como aquí aconteció. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2828 del 4 de agosto de 2020, expuso:

*“Lo expresado al resolver el recurso de casación en torno al despido del promotor del proceso, resulta suficiente para tener por contestado el recurso de apelación presentado por la parte demandada y considerar que, al encontrarse demostrado el hecho del despido plasmado en la carta de terminación, **le correspondía a ésta acreditar su justificación, carga procesal que, como quedó visto a lo largo del análisis en casación, fue cumplida, ya que los motivos allí invocados fueron debidamente acreditados y constituyen una justa causa de despido.**”*

*En efecto, de acuerdo con la causal de la parte A del numeral 6 del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el artículo 62 del CST, se consagra como justa causa la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo a los artículos 58 y 60 del CST, calificación que, este caso, se hizo en el artículo 59 del **Reglamento Interno de Trabajo, al haberse consagrado que, constituye falta grave la violación grave o reiterada por parte del trabajador de las prescripciones de orden, de las obligaciones especiales o prohibiciones legales, reglamentarias o contractuales. Circunstancia que impide a la Corte realizar una valoración sobre la gravedad del incumplimiento de las obligaciones que le fueron atribuidas y que se demostraron frente al trabajador, por cuanto las partes previamente así lo estatuyeron.**” (Negrilla y subraya de la Sala).*

¹⁵ Al tema puede consultarse la Sala de Casación Laboral en Sentencia de radicado 4005 de 31 de enero de 1991 “... la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican en ellos de grave, constituye justa causa para fenecer el contrato; no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del Código sustantivo del trabajo (...) lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato (...)”

De tal suerte, que el extremo pasivo cumplió con la carga probatoria al demostrar que el actor incurrió en dicha falta grave, contemplada en el Reglamento Interno de Trabajo, por lo que habrá de confirmarse la sentencia en este punto.

Es importante anotar, y para responder a lo señalado por el recurrente, para el caso no interesa la responsabilidad penal que el uso de tales documentos, eventualmente, pueda acarrearle al demandante, así como tampoco si este fue o no quien falsificó las certificaciones laborales entregadas a la entidad financiera pues, de una parte, no es este el escenario para determinar culpabilidad alguna o para verificar la comisión de delitos, y de otra, lo que se configura la causal de despido, en últimas, es la que se presenten documentos con información falsa “*para cualquier efecto*”, que fue lo que aquí acaeció.

Por otra parte, en lo que atañe al debido proceso previo a imponer el despido, presuntamente desconocido por la encartada y que se encuentra contemplado en la Convención Colectiva de Trabajo valga decir que a las diligencias se aportó la copia de la Convención Colectiva de trabajo suscrita entre la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS y el sindicato SINTRAINAL vigente para el periodo comprendido 2016-2018 (fls. 48 a 174); sin embargo de este documento no se puede desprender que la misma haya cumplido con el requisito exigido por el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, pues si bien el numeral 3º del artículo 54 A del C.P.T y S.S., adicionado por la Ley 712 de 2001 en su artículo 24, le otorgó valor probatorio a las reproducciones simples de “*Las convenciones colectivas de trabajo, laudos arbitrales, pactos colectivos, reglamentos de trabajo y estatutos sindicales*”, no menos cierto es que tales reproducciones simples deben contener también copia de la constancia de depósito a la que alude el artículo 469 en cita, pues tal constancia, es el medio de acreditación de la existencia y validez de la convención colectiva de trabajo y los derechos que en ella se incorporan a favor de los trabajadores, por lo cual en el *sub lite*, al invocarse por parte del accionante un derecho en ella contenido, como lo es agotamiento del trámite previo al despido previsto en el artículo 15 de la misma, debió allegar no solo una copia simple del texto de la recopilación convencional, sino prueba de su respectiva constancia de depósito, por así habilitarlo el artículo 54 A del

estatuto procesal laboral, en concordancia con lo preceptuado por el citado artículo 469 del C.S.T. Sobre el punto ver entre otras, sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia Radicado No. 27354 del 28 de mayo del 2007¹⁶.

¹⁶ “De todos modos, cabe señalar que, como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, el depósito oportuno es requisito esencial para que el acto produzca efectos, al tenor del artículo 469 del C. S. T., y su demostración en juicio exige necesariamente que se allegue copia auténtica del mismo con la nota de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa correspondiente, de modo que no es suficiente con que se cumpla con la formalidad del artículo 54 A del C. P. del T., para que se tenga por acreditado el acuerdo convencional, como lo pretende la censura, pues es necesario, además, que se hubiere cumplido en tiempo la formalidad señalada, cuya prueba echó de menos el Tribunal, sin que el cargo nada replique al efecto.

Sobre la forma en que debe acreditarse en juicio la convención colectiva, dijo la Sala en sentencia del 3 de diciembre de 2003 (Rad. 21379), lo siguiente que para el caso resulta pertinente:

“Las consideraciones de la censura se encaminan, esencialmente, a desaprobación de la conclusión del Tribunal en el sentido de que si bien el ejemplar de la convención colectiva de trabajo se presumía auténtico según las voces del artículo 54A del C.P.T. y de la S.S., no tenía ningún valor probatorio por carecer de certificación, constancia o sello sobre el depósito de la misma ante la autoridad administrativa del trabajo, en tanto que, tal presunción, por el contrario, supone el cumplimiento de la totalidad de los requisitos legales, presunción que por ser legal admite prueba en contrario y como ello no aconteció, debe tenerse dicho documento como idóneo desde el punto de vista del derecho probatorio”.

“Desde esa óptica, debe tenerse muy en cuenta, que el Tribunal distinguió dos situaciones frente a la convención colectiva de trabajo, una, la presunción de autenticidad en los términos del artículo 54A acusado y, otra, la relacionada con la ausencia de prueba del depósito del acuerdo colectivo de marras”.

“Respecto de lo primero, esto es, la aportación de la convención colectiva en copia simple, efectivamente el legislador a través del artículo 54A del C.P.T. y de la S. S. le imprimió la presunción de autenticidad, lo cual en los términos del artículo 252 del C. de P.C., hace referencia a la ausencia de duda acerca de la persona o personas que han elaborado el documento, lo han manuscrito o lo han firmado”.

“Sin embargo, en tratándose de convenciones colectivas de trabajo, no obstante ellas gozar de la presunción de autenticidad, es necesario acreditar la prueba de que fue depositada ante la autoridad administrativa del trabajo por así exigirlo el artículo 469 del CST., lo cual es apenas lógico si se tiene en cuenta que este acuerdo colectivo es fuente generador de derechos y como tal la ley exige que el mismo deba ser puesto bajo custodia de la autoridad mencionada para que pueda producir efectos legales y ser oponible a terceros, pues de lo contrario, “la convención no produce ningún efecto”.

“Sobre el particular, la Corte en sentencia 16835 del 14 de diciembre de 2001, dijo:

‘No obstante lo anterior, estima la Sala pertinente precisar algunos criterios, a guisa de corrección doctrinaria, en torno a la eficacia probatoria de las fotocopias simples de la Convención Colectiva del Trabajo. En esta dirección cabe recordar que en sentencia del 16 de mayo de 2001 (expediente 15120, esta Corporación sostuvo:

‘Y como consecuencia de ello ha entendido, reiterada y pacíficamente la jurisprudencia, que al ser la convención colectiva de trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, razón por la cual, si se le aduce en el litigio del trabajo como fuente de derechos, su acreditación no puede hacerse sino allegando su texto auténtico, así como el del acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo’.

'A juicio de la Corporación, en lo que atañe con la aducción de la convención colectiva de trabajo al proceso y la demostración de su depósito en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, comprendida la trascendencia de tal tipo contractual en las relaciones entre trabajadores y empleadores, - que es lo que explica la solemnidad que trae el artículo 469 del CST -, la vigencia de la formalidad de la autenticación del documento respectivo que informe sobre esos actos está plenamente ameritada, visto el impacto que sobre la seguridad jurídica de los contratos en los que incide, tiene la certeza de que el instrumento convencional, no solo existe en la realidad material, sino que tiene efectos en derecho, como lo ha reconocido la jurisprudencia'.

'De modo, pues, que el carácter de solemne que tiene la convención colectiva de trabajo, impone que al documento que la contiene no se le puede aplicar la tesis genérica según la cual es probatoriamente válida su aportación al proceso laboral en fotocopia o copia simple, como acontece en el caso, ya que permitirlo implica la vulneración del artículo 61 del código procesal del trabajo que al consagrar la libre formación del convencimiento por parte del fallador expresa: 'El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas, y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinado solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio(...)'.

'Pese a la tesis precedente, estima la Corte que, sin ignorar la solemnidad que a la Convención Colectiva de Trabajo le atribuye el artículo 469 del CST, se debe morigerar de alguna manera el rigorismo que se venía ejerciendo frente a la aducción de esta prueba en fotocopia o copia simple, pues el ánimo del legislador al regular este aspecto, a través de la expedición de la Ley 446 de 1998, y con ella los artículos 10 y 11, no fue otro que el de mejorar e impartirle mayor celeridad a los procedimientos, incluido, obviamente el del trabajo'.

'De modo que la Sala, para rectificar la anterior posición, considera necesario armonizar lo previsto por el artículo 469 del CST, con el artículo 11 de la Ley 446 de 1998, precepto último que al reglar sobre la autenticidad de documentos dispuso que: 'En todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros'.

'El texto anterior involucra dos conceptos distintos para darle connotación probatoria a un documento privado, uno la autenticación, y el otro, la presentación personal, con lo cual modificó expresamente, en primer lugar, el artículo 279 del CPC, en cuanto éste sólo le daba al documento privado igual valor que al documento público si estaba autenticado, y al desprovisto de autenticidad le concedía el mérito de prueba sumaria, si había sido suscrito ante dos testigos'.

'Pero esta innovación legislativa no solo reformó el citado artículo 279 del CPC, sino que también lo hizo respecto del 254 Ibídem, pues le dio pleno valor a las copias, porque debe entenderse que un documento privado desprovisto de autenticación y de presentación personal, puede estar contenido en una copia o en una fotocopia simple'.

'En ese orden, se impone afirmar que no hay razón para que dicho criterio no se le aplique a la convención colectiva de trabajo, si se aporta a un proceso en copia o fotocopia simple, con la aspiración de servir de prueba, siempre y cuando, obviamente, contenga la constancia o el sello de haberse depositado en el Ministerio de Trabajo dentro del término de los 15 días siguientes a su firma, previsto en el artículo 469 del CST'.

'De esta suerte, en obediencia a lo consagrado actualmente por el artículo 11 de la Ley 446 de 1998, si la convención colectiva agregada en copia o fotocopia simple contiene el sello que de fe del depósito oportuno o una certificación en tal sentido, tiene pleno valor probatorio lo contenido en ella. De la misma manera se tendrán por cumplidos los ritos de solemnidad a saber: que se celebró por escrito, que se extendió en un número de ejemplares igual al de las partes y que una copia más se depositó dentro del término legal en la oficina del Ministerio de Trabajo'.

No obstante, como quiera que en su momento la demandada aceptó en la contestación de la demanda el fundamento de derecho invocado por el extremo actor, esto es, el citado artículo convencional como se lee a folios 262 y 263¹⁷, se procederá al análisis respectivo.

Pese a tenerse por superada tal falencia, no debe perderse de vista, tal y como lo anunció el *a quo*, dicha convención fue suscrita entre la empleadora INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. y la organización sindical SINALTRAINAL, en cuyo artículo primero “*campo de aplicación convencional*”, se señaló que “*La presente CCT se aplica a los trabajadores de la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A afiliados a SINTRAINAL, incorporando las normas obligacionales y en ningún caso se aplicará doble beneficio*” (folio 55), no existiendo prueba alguna en las diligencias que el demandante se encuentra afiliado a esa organización sindical, pues tanto en los hechos de la demanda como en la contestación de la misma, se indicó que el accionante se

‘Por consiguiente, trasladadas las reflexiones anteriores al asunto del que se ocupa la Sala, queda evidenciada aún más la equivocación del sentenciador de segundo grado, pues de acuerdo con lo que se acaba de señalar si la fotocopia simple de una convención colectiva en la que aparezca la nota de su depósito oportuno tiene plena eficacia probatoria si es aportada en la oportunidad y con las formalidades legales, con mayor razón la tiene la copia que se allegó al juicio, puesto que la misma aparece remitida por la Jefe de la División Trabajo Inspección y Vigilancia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Regional Cartagena, quien además al último folio firmó y estampó un sello, autenticando y dando fe de que correspondía al original, amén de que en la misma aparece un sello de depósito del 20 de enero de 1982, es decir, dentro del término de ley, pues fue firmada el 14 de los mismos mes y año’.

“No desatiende la Corte que el pronunciamiento anterior se hizo con anterioridad a la vigencia del artículo 24 de la Ley 712 de 2001, que modificó al 54A del C.P.T., y de la S.S., según el cual, las reproducciones simples de las convenciones colectivas de trabajo, entre otros documentos, se reputarán auténticas; sin embargo, ello no es motivo para modificar la doctrina expuesta en el fallo aludido, pues para la Sala es claro que esta disposición no reformó al artículo 469 del C.S. del T. que imprime el carácter de prueba solemne a la convención colectiva y exige que sea depositada oportunamente en el Ministerio de la Protección Social.”

¹⁷ Tal como se ha admitido jurisprudencialmente, entre otras, en la sentencia con Radicación No. 30267 del 2 de septiembre del 2008 C.S.J, Sala de Casación Laboral, en la que señaló *El fundamento esencial de la decisión recurrida estribó en que, no obstante las partes así lo hubieren aceptado expresamente en la demanda y su contestación, no se podía establecer que la pensión de jubilación reconocida al actor era de origen convencional, porque al proceso no se aportó la convención colectiva que la consagrara, única prueba que era válida para demostrar tal hecho.*

De entrada se observa que el Tribunal incurrió en una aplicación indebida del artículo 469 del C. S. T. del trabajo, pues, no obstante haber observado expresamente que la pensión de jubilación convencional reconocida por la demandada al actor, no era objeto de discusión en el proceso, por cuanto la partes, al fijar los extremos de la litis en la demanda y su contestación, reconocieron tal hecho como cierto, exigió la prueba solemne de la convención, conforme a dicha norma, lo que, a todas luces, era innecesario, pues, como se dijo, tal derecho no se encontraba en discusión, de donde no era necesario entrar a demostrarlo, como erradamente lo exigió el ad quem”.

encontraba afiliado a los sindicatos SINTRAINDEGA y SINALTRAPACO, última que se verifica con la certificación de folio 9. Bajo tan entendido, es claro que el demandante no es beneficiario de la convención colectiva cuya aplicación reclama.

En gracia de la discusión, y como quiera que la pasiva siempre se refirió que dio aplicación contenido en dicha convención vigente al momento del despido del señor ARCINIEGAS CHAVARRO, se tiene que, en la Convención Colectiva de Trabajo, referida (2016 – 2018), en su artículo 15 se estableció:

“Antes de imponer una sanción disciplinaria, efectuar una llamada de atención o proceder a un despido con justa causa, la Empresa dará oportunidad de ser oído tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que pertenezca, mediante el lleno de los siguientes requisitos:

- a. El trabajador inculpado ser notificado por escrito con copia al sindicato a que pertenezca de la falta que se le imputa dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la comisión de la presunta falta o al momento en que la Empresa haya tenido conocimiento de su ocurrencia; en la comunicación se indicará día y hora para que el trabajador se presente a descargos dentro de los tres días hábiles siguientes.*
- b. Una vez escuchados los descargos del trabajador y las explicaciones de la representación sindical acerca de los hechos circunstancias que rodearon la supuesta infracción, la Compañía procederá dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a definir la situación del trabajador inculpado.*

Parágrafo 1: En el evento de sanción, o despido con justa causa y antes de procederse a una determinación, se dará oportunidad de intervenir ante el Gerente de la Planta al sindicato al que pertenezca el trabajador.”

Respecto al primer requisito, se tiene que al actor le fue notificada la citación a descargos el día 9 de mayo de 2017 según se lee a folio 343, en la cual se relaciona el hecho que motiva los descargos, la cual, según la anotación allí consignada se realiza de manera verbal y con suscripción por LORENA URREGO y NIDIA AVELLA como testigos por cuanto el demandante se negó a recibir¹⁸, situación ratificada en el testimonio rendido por estas. Adicionalmente, tal como lo informó el testigo FERNANDO ANGULO, la demandada tuvo conocimiento de la ocurrencia de la falta el día 5 de mayo de 2017 cuando se terminan las investigaciones dentro de la empresa y se obtienen las certificaciones laborales falsas remitidas por el Banco, sin que se demuestre

¹⁸ “Siendo las 2:05 pm del día 9 de mayo de 2017 se hace lectura y entrega del documento al señor Harvey Arciniegas el cual se niega a recibir.”

por parte del convocante fecha distinta de esta, y en ese entendido, los citación a descargos se hizo dentro de los términos que establece la Convención, esto es 3 días siguientes al conocimiento de la conducta si se tiene en cuenta que el 5 de mayo fue un viernes, no siendo hábil para la compañía el domingo.

En cuanto a la notificación de los representantes de la Organización Sindical, se observa a folio 344 de las diligencias copia de la citación del señor Arciniegas, con la siguiente anotación:

“Siendo las 2:10 del día 9 de mayo de 2017 se hace lectura del documento al señor Hernando Ordoñez, el cual se niega a recibir. Por lo anterior, firman como testigos las siguientes personas (...)

Al respecto, NIDIA AVELLA y LORENA URREGO signantes en calidad de testigos, en sus declaraciones manifestaron que el señor Hernando Ordoñez era directivo sindical de SINTRAINDEGA, quien normalmente se rehusaba a recibir ese tipo de documentos, por lo que, optaron al momento de efectuar esas comunicaciones ir siempre dos personas o más, para que quedara evidencia de dichas actuaciones realizadas por los miembros de los sindicatos. En ese sentido, con la descripción hecha por los testigos, debe entenderse que sí se realizó la comunicación a la organización sindical a la que estaba afiliado el trabajador.

Ahora, frente al cumplimiento del literal b, se tiene a folio 352, “Citación ante el Gerente” de fecha también, 9 de mayo de 2017, dirigida ante la Organización Sindical SINTRAINDEGA, la cual tiene firma de recibido, y de la que se extracta:

“En atención al proceso disciplinario que actualmente cursa el señor Harvey Arciniegas Chavarro, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo, la compañía les recuerda el derecho que tienen de presentar ante el gerente.

Por lo anterior se le informa que pueden presentarse en la Oficina del Gerente Territorial Distribución Wilson Jaramillo (Sala Amarilla), cargo equivalente al gerente de la planta, el día 9 de Mayo de 2017 a las 3:30 P.M.”

Pese a estar debidamente enterados del proceso que se adelantaba en contra del demandante, los representantes de la Organización sindical no asistieron a

las diligencias, responsabilidad que no puede ser atribuida a la demandada, pues cumplió con la carga que le imponía la convención.

Por lo expuesto, es claro para la Sala, que la citación a descargos se dio en cumplimiento de los términos establecidos en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo, salvaguardando el debido proceso del demandante, respetando los términos contempladas en dicha convención, debiendo anotar, la norma convencional no prohíbe que el trámite se adelante en un solo día pues lo que prohíbe es que se excedan los términos allí previstos.

De manera que, encuentra la Sala que dicho procedimiento fue surtido a favor del actor, pues nótese, se llevó a cabo diligencia de descargos en la que tuvo la oportunidad de rendir su versión sobre los hechos endilgados, por lo que, no hubo desconocimiento alguno por parte de la encartada.

De lo que viene de exponerse, no hay lugar a revocar la sentencia apelada en este punto.

En tal sentido, agotada la competencia en esta instancia analizados los puntos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por el juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

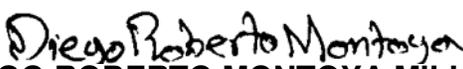
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

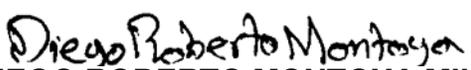
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$900.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALBERTO OLMOS
GONZALEZ CONTRA COLPENSIONES y PORVENIR S.A (RAD. 17 2019
00084 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ identificada con C.C. No. 31.486.436 y T.P. 303924 del C.S.J, como apoderada judicial de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder incorporado a las diligencias (folio 139 vto).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES (fls. 130 a 132, 138 y 139) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de PORVENIR y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de agosto del 2020 (Record: 41:43), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción propuestas por las demandadas en la forma expuesta en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado del demandante señor ALBERTO OLMOS GONZÁLEZ identificado con la cedula 19.300.869 al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que el señor OLMOS GONZÁLEZ se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad según lo expuesto en precedencia.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado del señor OLMOS GONZÁLEZ tale como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales con sus frutos e intereses en la forma expuesta en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir el traslado de fondos que efectúe PORVENIR S.A y a convalidarlos en la historia laboral del demandante según lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas, en firme esta sentencia por secretaría, practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de las demandadas por valor de \$800.000 para cada una.

SEPTIMO: Se ORDENA la consulta a favor de COLPENSIONES, remítase a la sala de decisión laboral del honorable Tribunal Superior de este distrito judicial según lo expuesto.”

Inconforme con la decisión la apoderada de PORVENIR interpuso recurso de apelación, refiriendo que en el interrogatorio de parte rendido por el actor quedo demostrado que éste conocía de las condiciones del RAIS, asegurando la recurrente la norma que regulaba a la época no obligaba a las AFP que entregaran información sobre otras condiciones adicionales como eran las condiciones pensionales en el Instituto de Seguros Sociales, pues eso era una carga que tenía esta entidad y se trataba de unas leyes y normas que no pueden tratarse como un desconocimiento de la ley, pues el vicio en los puntos de derecho no vician el consentimiento.

En relación con la devolución de los saldos, gastos de reaseguro y primas que ya fueron debidamente pagadas, indica esto no debe de darse porque se trata de un enriquecimiento sin justa causa, ya que el demandante a lo largo de su historia laboral estuvo afiliado fue con un fondo pensional privado, no pudiendo entonces ahora optar por los beneficios de la solidaridad de un régimen pensional como COLPENSIONES.

Finalmente respecto de las costas, expresa no estar de acuerdo con su imposición. (Record: 43:53)¹.

COLPENSIONES por su parte apela el fallo de primer grado, expresando si bien se reconoce la existencia de una obligación legal que recae en cabeza de las administradoras de pensiones de informar íntegramente a sus afiliados o a sus posibles afiliados respecto de todas y cada una de las características que tienen los regímenes pensionales, tales características motivan una decisión voluntaria e informada al momento de seleccionar cualquiera de los dos regímenes pensionales, precisando esa obligación de información ha venido perfeccionándose con el tiempo, tan es así que hoy en día se exige una doble asesoría previa a un traslado de régimen pensional, sin embargo, asegura para el año 1995 tal situación no se generaba de la misma forma respecto de la carga probatoria, manifestando si bien existe múltiple jurisprudencia que indica la carga que se le debe atribuir a las administradoras, también existe otras que

¹ “Gracias su señor juez, siendo esta la oportunidad legal para interponer recurso de apelación de manera total en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho en el proceso promovido por ALBERTO OLMOS GONZÁLEZ radicado 2019 084 solicitando al Tribunal Superior de Bogotá sala laboral revoque la sentencia impugnada y deje sin efecto la condena en los siguientes aspectos.

En lo primero, en lo referente a la afiliación del señor ALBERTO OLMOS GONZÁLEZ ya que, quedó demostrado en el interrogatorio de parte que este conocía de las condiciones del RAIS con información que se le otorgó en debida forma para el momento del traslado, además de todo, la norma que regulaba a la época no obligaba a las AFP que entregaran información sobre otras condiciones adicionales como eran las condiciones pensionales en el Instituto de Seguros Sociales, esa era una carga que tenía esta entidad y se trataba de unas leyes y normas que no pueden tratarse como un desconocimiento de la ley, pues el vicio en los puntos de derecho no vician el consentimiento.

Fue reiterativo el demandante que este tuvo cuatro meses para decidir efectuar el traslado del régimen pensional y que se le informaron características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad. Frente a la segunda condena impuesta por el despacho en la que se ordena el traslado del señor ALBERTO OLMOS al RAIS y la declaración de la ineficacia de esta por lo expuesto anteriormente.

Frente a la orden proferida por el despacho en su numeral cuarto de la sentencia, devolución de los saldos, gastos de reaseguro y primas que ya fueron debidamente pagadas, se sustenta en la normatividad en que esto no debe darse porque se trata de un enriquecimiento sin justa causa, quedaron debidamente probados en el interrogatorio de parte del demandante que este recibía extractos pensionales en los cuales se discriminaba la manera de inversión de los fondos de administración privados de los recursos del demandante obtuvo unos grandes rendimientos y, así como lo aduce un juzgador del circuito de Bogotá, el cual efectivamente dice que los montos de mesadas pensionales en COLPENSIONES están validados desde la solidaridad, esto se da por la permanencia de los afiliados en este régimen pensional solidario en COLPENSIONES y es bien sabido que el demandante a lo largo de su historia laboral estuvo afiliado fue con un fondo pensional privado, no pudiendo entonces ahora optar por los beneficios de la solidaridad de un régimen pensional como COLPENSIONES, pues efectivamente no se hicieron las cotizaciones a este régimen pensional y lo que sí reiteró, fue que el demandante mes a mes, año tras año insistió en que su empleadora hiciera los aporte a seguridad social, más concretamente, sus aporte pensionales, a un régimen de ahorro individual con solidaridad con PORVENIR.

En cuanto a lo que se refiere al punto número seis de la de la sentencia, en lo referente a las costas, se apela entonces también esto para que sea el tribunal quien decida entonces en segunda instancia. Así queda sentado el recurso de apelación. Muchas gracias.”

indican que cada caso debe ser analizado bajo las características propias del mismo.

Aduciendo, en el interrogatorio de parte que surtió el señor ALBERTO OLMOS GONZÁLEZ este manifestó que sí se le dio una asesoría y no fue una única asesoría, sino que, recibió información por los diferentes fondos que laboraban en el año 1995, que tuvo cuatro meses para discernir si le era favorable o desfavorable según su expectativa o según su deseo pensional y que, conforme a ello tomó la decisión de trasladarse cuatro meses después de haber recibido la información, manifestando tener conocimiento de la Ley 100 de 1993 y con ello acreditar su obligación como consumidor financiero de informarse respecto de los regímenes pensionales, razón por la cual asegura no queda duda respecto que el demandante sí tomó una decisión informada y que su inconformidad en el momento en que solicita información al fondo en el que actualmente se encuentra afiliado, radica particularmente en el monto de la mesada pensional, solicitando se absuelva a Colpensiones. (Record: 47:51)²

² “Gracias señor juez, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente y de manera respetuosa, me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de adoptar el despacho en los siguientes términos.

El primero de ellos es respecto de la carga probatoria que, afirma el despacho, recae en cabeza de las demandadas, respecto a ello señor juez, el demandante ALBERTO OLMOS GONZÁLEZ realiza un traslado de régimen pensional en 1995, si bien las demandadas reconocen la existencia de una obligación legal que recae en cabeza de las administradoras de pensiones de informar íntegramente a sus afiliados o a sus posibles afiliados, respecto de todas y cada una de las características que tienen los regímenes pensionales, características que motivan una decisión voluntaria e informada al momento de seleccionar cualquiera de los dos regímenes pensionales, lo cierto es que esta obligación de información ha venido perfeccionándose con el tiempo, tal y como lo resalté en los alegatos de conclusión. Tan es así que hoy en día se exige una doble asesoría previa a un traslado de régimen pensional. Sin embargo, para el año 1995 esta situación no se generaba de la misma forma y es por ello señor juez que, respecto de la carga probatoria, si bien existe múltiple jurisprudencia que nos indica la carga que se le debe atribuir a las administradoras, también existe múltiple jurisprudencia que indica que cada caso debe ser analizado bajo las características propias del mismo.

En ese sentido, la única pieza procesal que nos permitió identificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se realizó el traslado de régimen pensional, fue el interrogatorio de parte que surtió el señor ALBERTO OLMOS GONZÁLEZ el día de ayer, interrogatorio de parte en el cual pudimos observar diferentes aspectos a resaltar. El primero de ellos es que efectivamente sí se le dio una asesoría y no fue una única asesoría, sino que, a voces del demandante, recibió información por los diferentes fondos que laboraban en el año 1995, que tuvo cuatro meses para discernir si le era favorable o desfavorable según su expectativa o según su deseo pensional y que, conforme a ello tomó la decisión de trasladarse cuatro meses después de haber recibido la información.

No obstante lo anterior, también afirmo conocer aspectos tales como, que en el régimen de ahorro individual su dinero iba dirigido a una cuenta de ahorro individual y, contrario a lo que afirma el despacho respecto de que al demandante no se le informó aspectos tales como los aportes voluntarios y sus consecuencias, el demandante reconoce que tenía conocimiento que los aportes voluntarios tendían a aumentar el capital y la consecuencia de ello sería incrementar su mesada pensional. El demandante también afirmó conocer que sus beneficiarios que indicó al momento de suscribir el formulario tenían una finalidad y esa finalidad particular eran aspectos herenciales y consideró ello una buena opción, teniendo

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor ALBERTO OLMOS GONZALEZ, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 6 y 7 (archivo 6 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 7 a 9 (archivo 6 expediente digital), aspirando de manera principal se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional realizado al RAIS a través de la afiliación realizada a la AFP PORVENIR, en consecuencia se condene a la misma a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar sin hacer deducción alguna, así mismo se ordene a COLPENSIONES a que se active su afiliación el RPM, como también actualizar su historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el RAIS, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que la AFP PORVENIR no cumplió con la carga probatoria**

en cuenta que en el régimen de prima media con prestación definida esto no se manejaba de la misma forma.

El demandante manifestó tener conocimiento de la ley 100 de 1993 y con ello acreditar su obligación como consumidor financiero de informarse reparto de los regímenes pensionales. Con todo ello señor juez, no queda duda respecto que el demandante sí tomó una decisión informada y que su inconformidad en el momento en que solicita información al fondo en el que actualmente se encuentra afiliado, radica particularmente en el monto de la mesada pensional que puede llegar a percibir en uno u otro régimen pensional, pero ello no es prueba alguna de que al momento en el que se traslade de régimen pensional se le haya indicado información que no correspondía a la realidad o que no fue suficiente para tomar una decisión voluntaria e informada .

Tenemos también que el demandante reconoció que su empleador, particularmente en la oficina de recurso humanos, se le manifestó que no reunía los requisitos para pertenecer a COLPENSIONES y que fue esta la razón determinante por la cual el demandante tomó la decisión de una administradora del RAIS y no retornar o afiliarse al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, y que si bien esta información no correspondía a la realidad porque pues aquí el demandante no era beneficiario del régimen de transición, ello no era un obstáculo para pertenecer al Instituto de Seguros Sociales, esta información no fue suministrada por asesores del régimen de ahorro individual con solidaridad, fue una información suministrada por la empresa a la cual se encontraba laborando al momento en que se realiza el traslado de régimen pensional. Con todo ello, solicito a la sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá absuelva a COLPENSIONES en el entendido de que mi representada ha actuado conforme a una previsión legal que le imposibilita tener al señor ALBERTO OLMOS GONZÁLEZ como afiliado al régimen de prima media con prestación definida y, en consecuencia, solicito de revoque la decisión de primera instancia. Muchas gracias.”

de demostrar que al momento de la afiliación del actor suministró la información suficiente, para que ésta tomara una decisión adecuada, máxime cuando a pesar de no ser beneficiario del régimen de transición si tenía para la fecha del traslado un número superior a las 700 semanas cotizadas, ordenando por ende a la AFP trasladar todos los valores recibidos por cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales con sus frutos e intereses.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 24 milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 28 de abril de 1955, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas a COLPENSIONES y PORVENIR los días 17 de octubre y 23 de noviembre del 2018 (fls. 43 a 45 y 48 a 50 archivo 6 expediente digital), es decir cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho, aunado a lo anterior no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -30 de junio de 1995⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos,

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

⁴ Al ser empleado del INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA Y TURISMO según se indica en la historia laboral válida para Bono Pensional y en la expedida por la AFP PORVENIR, como también en el formulario de afiliación, aunado a ello el Decreto 348 de 1995 estableció:

Artículo 3.- Régimen de transición. El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y normas que lo reglamentan ampara a los servidores públicos del Distrito Capital que a 30 de junio

contaba apenas con 710.57 semanas de cotización (fl. 153⁵), equivalentes a 13 años, 9 meses y 24 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 27 de septiembre de 1995 (folios 35, 132 y 133) específicamente conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta que se encontró acreditada por el juez *a quo* la calidad de servidor público del demandante, pues según se indicó en el formulario de afiliación a PORVENIR ostentaba el cargo de ASISTENTE ADMINISTRATIVO 8 del INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA Y TURISMO – BOGOTA DISTRITO CAPITAL⁶ (ver Resolución 395 de 1995), aunado a que conforme a la historia laboral de Porvenir desde el año 1995 y hasta julio del 2019 los aportes a pensión fueron efectuados por tal entidad (fls. 135 a 147), es menester precisar, en atención a que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia, empero, ante una eventual reclamación de reconocimiento del derecho pensional, el demandante, de así considerarlo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte

de 1995 reúnan los requisitos allí señalados, siempre y cuando seleccionen el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

⁵ Reporte de semanas cotizadas expedido por la AFP PORVENIR (archivo 6 expediente digital).

⁶ “Expedida por el Director del INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA Y TURISMO, la cual en su artículo primero señala “De acuerdo con lo establecido por el decreto 1421 de 1995 y el acuerdo No. 003 del 19 de Diciembre de 1995, de la Junta Directiva de la entidad para todos los efectos legales las personas naturales que presten sus servicios al Instituto Distrital de Cultura y Turismo tienen el carácter de empleados públicos.”

Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un

ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁷ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, raditaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la

posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁸, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues frente al mismo adujo que lo único que se le indicó fue que su pensión resultaría mucho más favorable en el fondo privado y que el ISS se iba acabar, explicando únicamente las ventajas del RAIS, además de sus

⁸ Record. 12:17

conocimientos adquiridos frente a los regímenes no porque se los indicaran los asesores de la AFP sino de manera personal.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 35 y 132 archivo 6 expediente digital), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 162 a 164, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (27 de septiembre de 1995, folio 132 archivo 6 expediente digital), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la

sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la *a quo*, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este punto.

De igual forma y para resolver la apelación de PORVENIR en este punto conviene precisar, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima medica con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁹ (fl. 103 archivo 6 expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de Porvenir, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su

⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 6 de marzo del 2020 (fol. 166 archivo 6 expediente digital).

conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido totalmente desfavorable la sentencia de primer grado a la parte demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así lo definió el juez de primera instancia, pues se itera, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

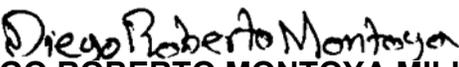
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

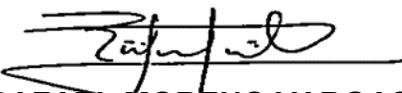
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OSCAR BERNAL
VALLEJO CONTRA LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS (RAD.
19 2017 00826 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS (folios 936 a 940), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, respectivamente, contra la sentencia proferida por la Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de octubre de dos mil diecinueve (2019) (Cd folio 430, cuaderno 1, récord 17:13 acta a folios 431 y 432), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el demandante es beneficiario de las convenciones colectivas suscritas entre SINTRAFEC y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, del NIT. 860.0075.38 (sic), a reconocer y pagar al aquí demandante OSCAR BERNAL VALLEJO, quien se identifica con la cédula 76.042.290 de los siguientes valores:

- 1. Prima extralegal del periodo de diciembre de 2014: \$2.538.584.*
- 2. Prima extralegal del periodo de junio de 2015: \$2.644.920.*
- 3. Prima extralegal del periodo de diciembre de 2015: \$2.644.920.*
- 4. Prima extralegal del periodo de junio de 2016 la suma de: \$2.754.200.*
- 5. Prima extralegal del periodo de diciembre de 2016: \$2.754.200.*
- 6. Prima extralegal del periodo de junio de 2017: \$3.100.258.*
- 7. Prima extralegal vacacional del periodo comprendido entre junio de 2014 a*

Exp. No. 19 2017 00826 01 OSCAR BERNAL VALLEJO CONTRA LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS

- junio de 2015: \$2.345.425.*
- 8. Prima extralegal vacacional del periodo comprendido entre junio de 2015 a junio de 2016: \$2.550.000.*
 - 9. Prima extralegal vacacional del periodo comprendido entre junio de 2016 a junio de 2017: \$2.785.236.*
 - 10. El reajuste de las cesantías, intereses a las cesantías: \$1.915.520, por periodo de 2015.*
 - 11. Reajuste de las cesantías, intereses a las cesantías: \$2.356.625, por periodo de 2016.*

Sumas todas estas que deberán ser indexadas al momento del pago.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** a la parte demandada, se ordena tasar por secretaria.

CUARTO: ABSOLVER de las demás pretensiones a la parte demandada.”

Inconforme con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, el demandante refiere su inconformidad únicamente en lo relativo a la absolución por concepto de sanción por no consignación completa de las cesantías, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, advirtiendo, desde hace más de 15 años la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que las convenciones colectivas de trabajo celebradas por la Federación Nacional de Cafeteros y el Sindicato de Trabajadores SINTRAFEC, se deben aplicar a todos los trabajadores de la empresa estén o no afiliados a esa organización sindical y con independencia de si cancelaron o no la cuota de extensión de los beneficios convencionales; sin embargo, la demandada insiste en inaplicar la norma convencional sin justificación alguna.

Alude, esa mala fe de la empleadora fue reconocida por la Corte en la sentencia con radicación 55436 del 20 de febrero de 2018¹ (Cd folio 430, cuaderno 1, récord 19:24 acta a folios 431 y 432).

¹ “Gracias señoría. Como apoderado de la parte actora, con el debido y acostumbrado respeto, encontrándome en la oportunidad procesal pertinente interpongo el recurso de apelación contra la sentencia dictada en el curso de esta audiencia para que me sea concedido ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, a fin de que dicha corporación proceda a revocar única y exclusivamente la absolución relacionada con el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber consignado en forma completa la aquí demandada las cesantías del actor de los años 2015 y 2016, considerando que la prima extralegal vacacional constituye salario a tenor de la propia convención colectiva de trabajo.

El fundamento del recurso es en breve síntesis el siguiente:

Desde hace más de 15 años la CSJ en Sala de Casación Laboral ha venido sosteniendo y sentenciando que las convenciones colectivas de trabajo, celebradas entre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y su Sindicato de trabajadores SINTRAFEC, se deben aplicar a todos los trabajadores de la empresa, se encuentren o no afiliados a dicha organización sindical y hayan o no pagado la cuota de extensión de los beneficios convencionales. Empero, o no obstante, o pese a los pronunciamientos de la

A su turno, el apoderado de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, señala, esa entidad ha sido consciente que la convención colectiva de trabajo suscrita con SINTRAFEC no se aplica a todos los trabajadores vinculados a la Federación, en razón a que la cláusula 40 de la Convención Colectiva de 1965, donde tiene génesis el pago extensivo de todos los beneficios convencionales a los trabajadores de la Federación, desapareció en la Convención Colectiva de 1984 y el Laudo Arbitral de 1986, ello por cuanto ya en la Convención 1988-1990 tanto el Sindicato como la entidad que representa, se dieron cuenta que SINTRAFEC era un sindicato minoritario, y hasta el momento sigue siéndolo.

En ese orden, considera, a partir del año 1990 desaparece la cláusula de extensión de los beneficios convencionales a todos los trabajadores debido a que no volvió aparecer la cláusula 40 de la Convención de 1965.

De otro lado, sostiene haber efectuado el pago de la prima de vacaciones comprendida entre el 8 de junio de 2016 y el 7 de junio de 2017 en el mes de diciembre de 2017 cuando el trabajador salió a disfrutar las vacaciones colectivas, en cuantía de \$2.933.147, tal como aparece en el comprobante de nómina.

Frente a la reliquidación de las cesantías e intereses a las cesantías, considera equivocada la liquidación pues la misma no alcanza a llegar al millón de pesos porque solo la doceava parte de la prima de vacaciones es la que se tiene en cuenta para efecto de calcular este concepto²

CSJ, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, insiste, continúa insistiendo en inaplicar la convención colectiva de trabajo a todos sus trabajadores y dicha conducta no es constitutiva de buena fe como así lo ha dicho la propia Sala Laboral de la CSJ, como así lo manifestó: “así las cosas observa esta Sala, que desde los años 2006, esta corporación de manera didáctica y reiterativa a explicado al sensor las razones jurídicas para la aplicación de la convención colectiva y muy a pesar de ello, aquel insiste en inaplicar a sus trabajadores sin justificación alguna, conducta no constitutiva de buena fe”, dicha transcripción corresponde a la Sentencia proferida el 20 de febrero de 2018, radicación 55436, Ponencia: Dra., Cecilia Margarita Duran Ujueta de Casación Laboral SCL, en el pleito Ordinario Laboral, adelantado por la Señora Martha Lucia Torres Martínez, contra la aquí demandada Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

Dejo en los anteriores términos su señoría, presentado, interpuesto y sustentado en debida forma el recurso de apelación, solicitando al despacho me sea concedido dicho recurso, y en consecuencia, el expediente sea remitido al Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral. Gracias señoría.”

² *“Gracias Señora Juez. Con el respeto y comedimiento a usted debidos me permito manifestar que interpongo recurso de apelación para ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, contra las condenas proferidas en esta audiencia en contra de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, por los reajustes de las primas extralegales de servicios y de las primas*

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante OSCAR BERNAL VALLEJO en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones consignadas en la demanda a folios 3 y 4, los cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 5 a 7, solicitando se declare que las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y el sindicato SINTRAFEC se aplican a todos los trabajadores. En

extralegales de vacaciones, así como el reajuste de las cesantías y los intereses y las costas del proceso en las cuantías que fueron señaladas por el Juzgado, al momento de proferir la condena.

Sustento el recurso en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, siempre ha sido consciente de que la convención colectiva de trabajo suscrita con SINTRAFEC, no se aplica a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, habida consideración que la cláusula 40 de la convención colectiva de 1965, donde tiene la génesis el pago extensivo de todos los beneficios convencionales a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, desapareció en la convención colectiva de trabajo de 1984, y el Laudo Arbitral de 1986, pues prueba de esto es que a partir del año de 1988, en la convención suscrita en ese año con vigencia 1988 – 1990, tanto el Sindicato como la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, se dieron cuenta que SINTRAFEC, era un Sindicato minoritario, porque en ese momento asociada en su organización solamente el 23% de los trabajadores de la organización y que ha venido decreciendo, en la afiliación hasta el momento que en el día de hoy el porcentaje de afiliación de trabajadores a SINTRAFEC es de 5.8%.

A partir del año 1990, es decir, a partir del año 1988, desaparece la cláusula de extensión de los beneficios convencionales a todos los trabajadores de la Federación y a partir de las convenciones posteriores hasta la última que se suscribió que fue en el año de 1998, con vigencia hasta 1999, nunca volvió a aparecer la famosa cláusula 40 de la convención colectiva de 1965, en la cual, se decía que la convención colectiva de trabajo se aplicaba a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

En segundo lugar y sin que implique aceptación o allanamiento a las condenas proferidas en este proceso, en esta audiencia, quiero manifestarle a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que en relación con las primas de vacaciones, pues se condenó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, a la prima de vacaciones, comprendida entre el periodo 8 de junio de 2016 a 7 de junio de 2017, esta prima, teniendo en cuenta que el trabajador se afilió al sindicato el 17 de junio de 2017, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, le pagó la prima correspondiente como se dijo del periodo de 8 de junio de 2016 a 7 de junio de 2017, en el mes de diciembre de 2017, cuando salió a disfrutar de las vacaciones colectivas en el comité departamental de cafeteros del Tolima en cuantía de \$2.933.147, tal como aparece en el comprobante de pago de nómina correspondiente al mes de diciembre de 2017, que se aportó como prueba documental de la contestación de la demanda, el pago que se hizo realmente de este periodo de la prima extralegal de vacaciones se hizo en diciembre de 2017, porque en los comités departamentales de cafeteros las vacaciones son colectivas entre el mes de diciembre y el mes de enero, entonces por ese motivo le fue pagada la prima y entonces se debe revocar realmente esta condena.

En cuanto a los intereses, perdón, en cuanto al recargo de las cesantías, que también debo expresar que el Juzgado se ha equivocado a hacer la liquidación correspondiente, esa liquidación de los tres años de recargo no alcanza a llegar al millón de pesos, por qué motivo, porque realmente lo que de acuerdo con la condena se está teniendo en cuenta, la doceava parte de la prima extralegal de vacaciones para reliquidar las cesantías, o sea que, es la doceava parte del valor de la prima de vacaciones la que se debe tener en cuenta para efecto de liquidar el recargo de las cesantías, entonces, acá se está condenando injustamente a unos valores muy superiores a la entidad demandada, igual ocurre con los intereses de las cesantías.

En estos términos dejo sustentado el recurso, señora Juez.”

consecuencia, se condene a la demandada a pagar a su favor la prima extralegal de servicios de diciembre de 2014, junio y diciembre de 2015 y 2016, y junio de 2017, la prima extralegal vacacional por los periodos comprendidos entre el 8 de junio de 2014 y el 7 de junio de 2015; 8 de junio de 2015 y 7 de junio de 2016 y 8 de junio de 2016 al 7 de junio de 2017, por el quinto, sexto y séptimo periodo vacacional. Así mismo, se disponga la reliquidación de las cesantías e intereses a las cesantías de 2015 y 2016 teniendo en cuenta la prima extralegal vacacional que es constitutiva de salario, junto con la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la consignación incompleta de las cesantías de 2016 y 2017. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró que el actor es beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas por la demandada con SINTRAFEC, disponiendo el pago de la prima extralegal de servicios y de vacaciones en los términos peticionadas en la demanda, así como el reajuste de cesantías e intereses a las mismas, debidamente indexado, absolviendo a la pasiva de la sanción por no consignación completa de las cesantías. Lo anterior, tras considerar que la cláusula contenida en la Convención Colectiva de 1965 suscrita entre la convocada y SINTRAFEC que disponía la aplicación de las disposiciones convencionales a todos los trabajadores de la Federación, no perdió vigencia, no existiendo renuncia expresa a ellos, por el contrario, sostuvo, el demandante había ratificado su voluntad de beneficiarse de las mismas con la afiliación efectuada al mentado sindicato en el junio de 2017.

Con relación a la sanción por la consignación incompleta de las cesantías a un fondo, estimó, la enjuiciada actuó bajo el convencimiento que no debía pagar dicho emolumento a favor del trabajador, encontrando que durante la vinculación se efectuaron los pagos respectivos al fondo de cesantías.

Establecido lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

En el presente asunto no es objeto de discusión que entre las partes existe un contrato de trabajo desde el 8 de junio de 2010 por el cual el demandante ocupa el cargo de extensionista, ni los salarios percibidos en el 2014, 2015 y 2016, aspectos que además de no haber sido objeto de debate en el asunto por el reconocimiento de las partes de esa situación (hechos 11 a 15 -folio 6 cuaderno 1- y la contestación a los mismos -folio 3, cuaderno 2-), se constatan de la documental de folios 27 a 29, 30 y 35 a 62 del cuaderno 1, y 28 a 30 del cuaderno 2.

Tampoco se discute la afiliación realizada por el actor al sindicato SINTRAFEC el 17 de junio de 2017, conclusión a la que arribó la juez de primer grado no controvertido en esta instancia y que se verifica a folio 31 del cuaderno 2.

En ese orden, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe, en primer lugar, a determinar si el demandante ha sido beneficiario de las Convenciones Colectivas suscritas entre su empleador y la asociación sindical SINTRAFEC. De ser ello afirmativo, verificar si la demandada procedió al pago de la prima extralegal de vacaciones en el año 2017 y si se liquidó correctamente la reliquidación de cesantías y sus intereses. Finalmente, si procede la sanción por incompleta consignación de las cesantías, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Para solventar lo anterior, importante es precisar, si bien es cierto el demandante presentó afiliación al Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia -SINTRAFEC- el 17 de junio de 2017 (folio 31), no lo es menos que el actor no estuvo afiliado a dicha organización sindical con anterioridad a tal calenda, pero pese a ello, atendiendo el contenido de las Convenciones Colectivas suscritas por su empleador y el mentado sindicato, considera ser beneficiario de tales instrumentos por haberse pactado su aplicación a todos los trabajadores de la Federación.

Pues bien, en el artículo 40 (folio 87) de la Convención Colectiva suscrita entre la Federación Nacional de Cafeteros y el Sindicato de Trabajadores de la misma federación -SINTRAFEC- 1965 se estipuló:

“ARTÍCULO CUADRAGÉSIMO- APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN:

*La presente Convención Colectiva será aplicada **a todos los trabajadores** de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y de la SOCIEDAD ANÓNIMA ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A. “ALMACAFE” (...)* (Negrilla y Subrayas de la Sala)

Frente a tal punto, debe mirarse el tránsito histórico de las convenciones colectivas para determinar si la disposición se encuentra vigente o fue derogada.

Así, de las pruebas acopiadas al plenario se tiene, tal disposición fue replicada en los artículos 33 de la Convención Colectiva de 1974 (folio 134, cuaderno 1), 21 de la Convención vigente 1976 a 1978 (folio 177, cuaderno 1), 33 de la Convención 1978 a 1980 (folio 209, cuaderno 1), 28 de la Convención 1980 a 1982 (folio 238, cuaderno 1), 27 de la Convención 1982 a 1984 (folio 296, cuaderno 1) y 16 de la Convención 1984 a 1986 (folio 305, cuaderno 1).

Ahora, aunque el Laudo Arbitral depositado el 11 de septiembre de 1986 (folios 321 a 326, cuaderno 1), no se refirió expresamente a la preceptiva analizada, para disponer su derogación, tampoco la modificó o reprodujo. Adicionalmente, en su artículo primero dispuso que *“quedan vigentes los acuerdos celebrados en las etapas de arreglo directo y mediación entre las empresas Federación de Cafeteros y Almacafé S.A. y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Federación “Sintrafec”, que no se modifiquen por este Laudo”* (folio 325), encontrándose que por acta del 2 de mayo de 1986 (folio 318, cuaderno 1) las partes acordaron:

*“2. En cuanto a los puntos de : (sic) continuidad de prestaciones y derechos, compensación de prestaciones y derechos, publicación de la convención **y aplicación e la convención**, como están estipulados en las convenciones anteriores”* (folio 318, Negrilla y Subrayas de la Sala.)

Adicionalmente, en las convenciones posteriores, esto es, las celebradas entre 1990 a 1992 (folios 327 a 332, cuaderno 1), 1992-1994 (folios 333 a 345, cuaderno 1), 1994 a 1996 (folios 346 a 353, cuaderno 1), 1996 a 1997 (folios 355 a 364, cuaderno 1), 1998 a 1999 (folios 366 a 373, cuaderno 1)³, tampoco hubo referencia expresa a la aplicación de la convención (ni para modificarla, suprimirla o reproducirla); sin embargo, en tales instrumentos se acordó que continuarían vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos

³ Todas las convenciones aportadas a las diligencias cuentan con la respectiva nota de depósito.

arbitrales anteriores que no hayan sido derogadas, modificadas o sustituidas por sus disposiciones (folios 331, 339, 352, 362, y 371, respectivamente).

De otro lado, en el proceso no se adujo la pérdida de vigencia de la indicada norma -vigencia de estipulaciones anteriores- o su exclusión de la negociación colectiva con posterioridad al año 1999, lo que lleva a dar por sentado que la misma sigue siendo aplicable.

De lo expuesto, para la Sala, la juez acierta al inferir que la disposición analizada continúa vigente, en tanto nunca fue derogada expresamente por las disposiciones convencionales posteriores, además, en la medida en que cada convención y laudo arbitral salvaguardó la vigencia de las disposiciones que no fueron tratadas expresamente en sus artículos y en esa medida, dable es afirmar que las convenciones suscritas por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y SINTRAFEC es aplicable a todos los trabajadores de la Federación.

Ahora, aunque la demandada refirió en la alzada que la cláusula de extensión a todos los trabajadores se prolongó hasta 1988, cuando SINTRAFEC comenzó a ser un sindicato minoritario, esa no es la realidad que muestran las pruebas, pues a partir del laudo arbitral de 1986 si bien no se reprodujo textualmente la cláusula sí se garantizó la continuidad de las normas vigentes antes, de donde es dable deducir que la referida cláusula sobre extensión a todos los trabajadores, en los términos en que fue concebida en la convención que antecedió al laudo, continuó surtiendo plenos efectos hasta el momento en que terminó el contrato de trabajo del actor.

Valga decir, en asuntos similares al presente, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que los beneficios convencionales aplican a todos los trabajadores con independencia de su afiliación o no al sindicato o de que este fuera minoritario, afirmación soportada en apartes de la sentencia del 22 de julio de 2009, radicación 35134, reiterada en la sentencia SL327 de 2018⁴. En esta última, precisó además esa Corporación:

⁴ En sentencia SL2209 de 2020 dijo además la Corte: *“Bajo el anterior supuesto, no existe violación al compendio normativo acusado, especialmente los artículos 467, 471 y 400 del CST, toda vez, que para aplicar el acuerdo extralegal al actor, no había que acudir a las reglas normativas atinentes a la extensión de las convenciones colectivas a terceros, tampoco era óbice el carácter minoritario del sindicato, ni la falta de afiliación del accionante a esa Organización, por cuanto la calidad de*

“(…)

Lo anterior implica, que la aplicación de la convención a todos los empleados, cuya legalidad ha sido prohijada en innumerables pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral y de cuya extensa literatura forma parte la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 35134, no fue una mera liberalidad de la demandada, como pretende darlo a entender el censor, sino que ha sido contemplada dentro del articulado en cita y ratificada en varios acuerdos convencionales sucesivos, que según lo establece el artículo 467 del Código Sustantivo, son las que se celebran «entre uno o varios {empleadores} o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia». Ello significa, nada menos, que se trata de convenios bilaterales no susceptibles de ser modificados y menos derribados por la sola voluntad de una de las partes.

Es por ello, que se estableció su vigencia incólume, mientras otro acuerdo convencional no la derogara, lo cual respeta el principio de que, en derecho, las cosas se deshacen como se hacen; así como, el artículo 1602 del Código Civil, que trata del efecto de las obligaciones y dice que «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales». Por manera que, pretender como se hace por la censura, que **pueda unilateralmente el empleador, deshacer un acuerdo bilateral plasmado en una convención colectiva de trabajo, so pretexto de que su permanencia, desestimularía a los empleadores a pactar ese tipo de acuerdos,** o que pudiera ser eternizado por la actitud pasiva de los sindicatos, que se negarían indefinidamente a deshacer esa mutua voluntad, desquiciaría el ordenamiento jurídico de manera grave. Tal sospecha, que constituye meras suposiciones sobre el semblante conductual de las partes, no tiene sustento factico.

De manera que se reafirma lo ya dicho sobre la vigencia de la extensión de la convención a todos los trabajadores de la demandada, incluido desde luego el demandante.

Dilucidado ello, siendo el actor beneficiario de las convenciones colectivas reseñadas y encontrándose la prima de servicios (folios 83) y la prima de vacaciones extralegal (folios 302 y 361), contenidas en las convenciones mencionadas, es claro que el demandante tenía derecho a su pago por parte de la demandada, por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este punto.

Precisado lo anterior, con relación a la prima extralegal de vacaciones por el periodo comprendido entre el 8 de junio de 2016 y el 7 de junio de 2017, le

beneficiario de tales acuerdos se derivó de la disposición de las partes que concertaron que cobijarían a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A., Almacafé.”

asiste razón a la encartada al aducir el pago de las mismas según se observa a folio 82, lo que acaeció atendiendo dos circunstancias i) que las vacaciones fueron reconocidas al trabajador dentro del año siguiente de su causación y ii) que el demandante se afilió al sindicato SINTRAFEC (folio 31, cuaderno 2) en junio de 2017, por lo que habrá de revocarse la condena impuesta frente a este punto.

Ahora, con relación a la reliquidación de las cesantías e intereses a las cesantías, si bien es cierto la prima de vacaciones constituye factor salarial, también lo es, como lo afirma el recurrente, que dicho monto solo puede ser tenido en cuenta en su doceava parte, como quiera que la misma se percibe de manera anual. Al tema, valga precisar, aunque en providencia del 2 de abril de 2019, proferida dentro del radicado 28 2017 00460 01 esta Sala de decisión tuvo en cuenta el total de lo liquidado a favor del trabajador por concepto de prima extralegal de vacaciones a efectos de establecer la reliquidación de cesantías e intereses a favor del mismo, un mejor estudio del asunto permite adoptar la interpretación que aquí se expone, esto es, que solo debe ser tomada en cuenta la doceava parte de la prima de vacaciones por ser tal postura acorde a lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia en las que ha establecido de manera pacífica y reiterada que *“aquellos emolumentos que hacen parte del salario y que se causen por año de servicio o proporcional a este -como es el caso de la Prima de Vacaciones-, solo deben tomarse en su doceava parte y no de manera integral”*⁵.

En ese orden efectuados los cálculos correspondientes y considerando el valor liquidado por la juez de primera instancia por concepto de prima extralegal de vacaciones -que no fue objeto de apelación- se tiene una diferencia a favor del trabajador por concepto de cesantías e intereses así:

- Para el 2015 \$ 218.906⁶.
- Para el 2016 \$ 238.000⁷

⁵ Sentencia SL5086 de 2019. Aunque esta sentencia se refiere a asuntos de carácter pensional, *mutatis mutandi* puede ser aplicado dicho entendimiento a casos como el de autos. También pueden consultarse la CSJ SL10506-2016, CSJ SL288-2018, CSJ SL1338-2018, CSJ SL3138-2019, CSJ SL2684-2019.

⁶ Se tomó el valor \$2.345.425 y se dividió en 12 + \$23.450 de reliquidación de intereses a las cesantías. Al demandante le pagaron cesantías del 2015 en cuantía de \$1.829.946 (folio 85 y 86).

⁷ Se tomó el valor \$2.550.000 y se dividió en 12 +25.500 de reliquidación intereses a las cesantías. Al demandante le pagaron cesantías del 2016 en cuantía de \$1.958.042 (folio 87 y 88).

Siendo dicha cifra inferior a la calculada por la juez de primer grado, se modificará la sentencia en este aspecto.

Finalmente, en cuanto al recurso de la parte demandante, es de amplio conocimiento que la sanción contemplada en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, tiene un carácter eminentemente sancionatorio, toda vez que se generan cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible de la consignación de la cesantía en un fondo. Sin embargo, dicha sanción no opera de manera automática, pues para ello, es necesario analizar si la conducta del empleador estuvo enmarcada o no en los postulados de la buena fe, tal como se ha repetido recientemente en los fallos SL6621-2017, SL13050-2017, SL13050-2017, SL13442-2017, SL8216-2016 y STL10313-2017.

En el caso de autos pretende la encartada excusarse en el hecho de que el demandante no era beneficiario de las estipulaciones convencionales por no pertenecer al sindicato y en que este último, a su vez, era minoritario, razones que a juicio de la Sala resultan atendibles y desprovistas de mala fe, teniendo en cuenta que la demandada consignó oportunamente las cesantías en el fondo, encontrando sustento la pretensión en el hecho de no haberse cancelado de manera completa, lo cual, para esta Sala, no acarrea dicha sanción en tanto el empleador consignó la suma que consideraba en derecho le correspondía atendiendo la interpretación que, a su juicio, debía darse a las normas convencionales, sin que se evidencie una intención manifiesta de ocasionarle un perjuicio injustificado al trabajador.

Sobre el particular y al estudiar un tema similar contra la aquí demandada, la Sala Laboral de la Corte Suprema, en sentencia SL4613 de 2019, consideró:

“(…)

*En el caso bajo estudio, es dable colegir que la parte demandada **actuó desprovista de mala fe y deslealtad**, pues es claro que la razón que tuvo para no cancelar las primas de vacaciones convencionales y, por ende, abstenerse de reliquidar la cesantía y sus intereses, consistió en que, a su juicio, el demandante no era beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la Federación y el sindicato Sintrafec, por cuanto nunca se había afiliado a tal organización ni pagado la correspondiente cuota sindical.*

Por lo mismo, es plausible que la demandada creyera no ser sujeto de dicha obligación, pues al no ser el actor miembro del sindicato, tenía el convencimiento de que las prestaciones sociales y su respectiva liquidación final se efectuaba sin

considerar beneficios convencionales, como en efecto se hizo, razón plenamente atendible para esta Sala, que además también acogió el juzgador de primera instancia.

En consecuencia, se absolverá a la empresa accionada del pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, así como de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.” (Negrilla y Subrayas del Despacho).

En ese sentido, habrá de confirmar la decisión de primer grado en este aspecto, por cuanto absolvió del pago de la sanción por no consignación de la cesantías a la demandada.

De tal manera, agotada la competencia en esta instancia, analizados los puntos objeto de apelación, habrá de revocarse parcialmente la sentencia en su numeral primero y se adicionará

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal 9 del NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas y en su lugar se ABSOLVER a la demandada de este concepto.

SEGUNDO: MODIFICAR los ordinales 10 y 11 del NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas, los cuales quedarán del siguiente tenor:

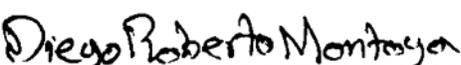
10. El reajuste de las cesantías e intereses a las cesantías: \$ 218.906, del año 2015.

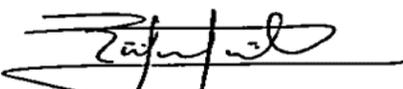
11. El reajuste de las cesantías e intereses a las cesantías: \$ 238.000, del año 2016.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO