

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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**RADICADO:** 110013105 02 2018 00336 01

**DEMANDANTE:** DORYS ROMERO SANTA

**DEMANDADO:** FUNDACIÓN UNIVERSITARIA UNIPANAMERICANA

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, el 13 de noviembre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que la demandada modificó unilateralmente las condiciones económicas del contrato de trabajo, lo que representó una desmejora en las condiciones de remuneración. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar auxilio de movilización por los meses de diciembre de 2014, enero a abril de 2015; la comisión del 2% sobre el valor del contrato celebrado entre la demandada y la Unidad Hospitalaria Méderi; el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, indemnización por no pago completo de cesantías e intereses a las cesantías, sanción moratoria por no cancelación de la acreencias laborales a la finalización del contrato, intereses moratorios, indemnización por despido indirecto, los demás derechos que resulten probados en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó sus servicios a la demanda desde el 1º de octubre de 2009 y el 7 de mayo de 2015, inicialmente como planificadora de venta individual, cargo que pasó a denominarse asesor de venta empresarial. Se le encargó de contactar clientes para ofertar los programas de diplomados.

Señaló que, en el año 2008 la fundación Universitaria demandada fue adquirida por la Caja de Compensación Familiar Compensar. A partir del 2012, en ejercicio de sus funciones empezó a atender empresas afiliadas a esta caja de compensación ahora el cargo de Especialista en Formación y Consultoría empresarial, el cual fue creado por Unipanamericana. Expuso que cada empresa cliente de Compensar tenía un asesor de acompañamiento designado por la universidad en atención a las habilidades, experiencia, capacidad de relacionamiento y resultados del especialista. Preciso que la designación era realizada por el Equipo de ventas Empresariales, liderado para el año 2014 por Javier Benítez, quien le hizo entrega del *“plan de ventas, línea venta, empresarial formación continuada, para la anualidad de 2014.”* Señaló que el plan de ventas incluía entre otros la conformación del equipo, posicionamiento esperado, mercado meta, desempeño de los miembros del equipo durante los tres años anteriores, diagnóstico D.O.F.A., plan de comisiones año 2014 y política pago de comisiones.

El plan disponía además que cada integrante del equipo debía cumplir unas metas relacionadas con actividades como 24 visitas a clientes en el mes, 16 propuestas en el mismo periodo y 8 ventas. Que le era reconocido un auxilio de movilización para realizar las visitas a clientes que debía cumplir en la intensidad fijada, que se traducían en el índice de productividad. Los gastos de transporte eran asumidos por ella y luego le eran reintegrados por caja menor acreditando los gastos.

Expuso que partir del año 2013, la demandada de manera unilateral cambió la modalidad de reintegro de gastos, mediante la asignación de un garantizado mensual de \$250.000, el que le fue cancelado hasta noviembre de 2014. El 1º de diciembre de 2014., el líder del proceso Javier

Benítez le informó que la universidad no seguiría reconociéndoles el garantizado por movilización. El 27 de abril de 2015, la demandada implementó política de auxilio de movilización según la cual este se determinaría por el número de recorridos que los colaboradores realizaran en transporte público colectivo, para lo cual debían diligenciar además un formato.

Manifestó que desde el mes de octubre 2012, le fue asignado el cliente Méderi, en enero de 2014 se reunió con este cliente con la asistencia de varias personas a quienes realizó la presentación del portafolio de servicios, evidenciándose la necesidad de implementar programa de inducción virtual corporativa. Indicó que la propuesta a presentar al cliente, por ser un tema técnico fue estructurada por el departamento de educación virtual de la universidad hacia octubre de 2014, de acuerdo con el protocolo establecido por el Departamento de Servicios Empresariales.

Expuso que dado la fidelización con la empresa, el seguimiento hecho por ella y en aceptación de la propuesta presentada por el Departamento de Educación Virtual, finalmente se suscribió el contrato PS29-2014 del 18 de diciembre de 2014, no obstante, la gestión cumplida frente al cliente Méderi y haber cumplido con la política de comisiones para el 2014, no le fue reconocida la correspondiente comisión que debía ser equivalente al 2% esto es, \$1.544.000, monto que no fue tenido en cuenta para liquidar las prestaciones sociales.

Refirió que el 7 de mayo de 2015, mediante comunicación reclamó ante Gina Bastos la modificación unilateral de sus condiciones de trabajo. Que en la misma fecha decidió dar por terminado el contrato de trabajo y el 3 de junio de 2015, la demanda le reconoció y pago prestaciones sociales sin incluir la comisión del contrato Méderi. Finalmente, expuso que el 7 de mayo de 2018 reclamó el reconocimiento de comisiones pendientes, reajuste de liquidación final e indemnización por despido (f.º 168 a 177):

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Refirió que si bien inicialmente el cliente Clínica Méderi le fue asignado a la demandante, en mayo de 2014 se reasignó al asesor Alexander Galindo, razón por lo cual ella no realizó gestión comercial respecto del contrato cuya comisión se reclama. Señaló que no es cierto que el auxilio de movilización otorgado se tradujera en el índice de productividad pues el mismo beneficio extralegal se otorgaba para que en lo posible el trabajador no tuviera dinero de su salario para visitar a los clientes y se pagaba junto con la nómina; que en los meses de diciembre de 2014 y febrero de 2015 a la accionante se le pagó el auxilio de movilización que causó.

En su defensa, propuso las excepciones de cobro de lo no debido, pago, prescripción, compensación y la de buena fe (f.º 183 a 194).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de noviembre de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

En sustento de su decisión, señaló que es viable para el empleador modificar de manera unilateral las condiciones no esenciales del contrato de trabajo, encontró que el auxilio de movilización no tenía carácter salarial, por lo que no puede predicarse desmejora en las condiciones de remuneración de la demandante. Respecto del pago de la comisión reclamada señaló que no se probó cual fue la gestión de la actora en el negocio cuyo pago reclama, precisó que tampoco está demostrado el porcentaje o valor de la comisión, tampoco la forma de pago y su causación al inicio o a la finalización del negocio. En todo caso, encontró que, de haberse causado el derecho al reconocimiento de la comisión en diciembre de 2014, la acción se encuentra prescrita, dado que la demanda fue presentada superado el término trienal desde que la obligación se hizo exigible. Finalmente, concluyó que la accionante no acreditó las causas

que invocó para poner fin al vínculo laboral por lo que no puede declararse el despido indirecto.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, al manifestar que la sentencia absolutoria debe ser revocada, para en su lugar, concederse las pretensiones anheladas, pues en la demanda nunca se planteó el hecho de que el auxilio de movilización tuviera la calidad salarial advertida por el juzgado, que lo planteado fue una modificación unilateral de las condiciones económicas del contrato de trabajo de manera unilateral, lo que se tradujo en una disminución de los ingresos salariales.

De otro lado, argumentó que la comisión que se reclama como causada en relación con el contrato suscrito con Méderi, no se causó en el momento de la suscripción, sino en relación con su desarrollo y con los abonos que fueron hechos por Méderi. Aquí precisó que las condiciones para reclamar la comisión según el dicho de un testigo se planteaban de manera verbal, lo que es desconcertante pues desconoce que para la causación de las comisiones debía existir un mutuo acuerdo y por ello se desconoció su participación en la presentación y seguimiento del negocio Méderi. Arguyó que el desmonte del auxilio de movilización unilateralmente y el no reconocimiento de la comisión reclamada reiteradamente, motivaron justificadamente la terminación por parte de la trabajadora.

Finalmente, advierte que el reajuste de prestaciones sociales se plantea sobre la base de que hubieran prosperado el reconocimiento de la comisión, concepto que no fue tenido en cuenta al liquidarlas, sin que se pueda predicar que *“que dicho reconocimiento no dicha solicitud no se encontraba frente a la posibilidad de un hecho reclamado ya habiendo operado la prescripción”*.

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

#### IV. CONSIDERACIONES

No es materia de discusión en este juicio que entre las partes existió un contrato de trabajo a partir de 1º de octubre de 2009 al 7 de mayo de 2015, momento en que el demandante decide poner fin al vínculo laboral, como quiera que tales circunstancias fueron aceptadas desde la contestación de la demanda (f.º 183 y 188).

##### 1. De los gastos de movilidad

Pues bien, se alega en la apelación que en la demanda no se planteó el hecho de que el auxilio de movilización tuviera el carácter salarial, sino que existió una modificación unilateral de las condiciones económicas del contrato de trabajo, lo que se traduce en una disminución de los ingresos salariales.

En ese horizonte, ante la falta de claridad la Sala analizará primero si el auxilio de movilización tenía carácter salarial, para luego verificar si la demandada estaba facultada para dejar de reconocer la suma mensual de \$250.000 por este concepto.

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

Por su parte, el artículo 128 de la misma obra sustantiva señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera

liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

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

Pues bien, conforme al otro sí al contrato de trabajo suscrito el 1º de enero de 2013, las partes acordaron:

**“CLAUSULA PRIMERA: EL EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR GASTOS DE MOVILIDAD NO CONSTITUTIVO DE SALARIO equivalente a la suma de \$250.000 MENSUALES a partir del día 01 de enero de 2013 y mientras se desempeñe en el cargo de ASESOR DE VENTA EMPRESARIAL, **pagaderos mensualmente, siempre y cuando en el respectivo mes y en razón del desempeño de sus funciones requiera el desplazamiento**”** (Negrilla fuera del texto f.º 14).

Ahora, acorde a la política de movilización POL-PTH-02 Versión 01, emitida el 27 de abril de 2015, la misma aplica para todos los trabajadores contratados de manera directa y busca garantizar la asignación equitativa del auxilio de movilización a los cargos que para el desarrollo de sus funciones requieran desplazarse dentro de la ciudad o en municipios vecinos. Precisa el documento que el mismo se destinará de manera exclusiva a *“transporte público colectivo (buses, sistema integrado, de*

transporte) y que el uso de transporte público no colectivo (taxi) solo se podrá autorizar cuando la persona que se transporte deba hacerlo con material sobredimensionado que impida el adecuado desplazamiento en servicio de transporte público colectivo”, aspecto que debía ser aprobado previamente. (Subraya fuera del texto f.º 215 a 217).

A solicitud de la parte accionante fue practicado el testimonio de Javier Arley Benitez, Líder de Mercadario en la demandada desde febrero de 2011, jefe de la accionante hasta agosto de 2014, señaló respecto de auxilio de movilización que inicialmente los asesores pasaban una relación de gastos y se les reembolsaba el dinero por caja menor, luego se cambió la política y se asignaron \$250.000 y al final por decisión de la gerente de servicios empresariales se comunicó que no se pagaría más el subsidio para el uso de taxi sino que tenía que hacerse uso del transporte masivo como buses.

A petición de parte, el representante legal de la demandada - Marco Aurelio Llinás - absolvió interrogatorio de parte al manifestar que era potestad de la universidad otorgar o no el auxilio de movilización, pues el mismo no tenía el carácter de salario, además que se implementó una política en virtud de la cual la accionante tenía que acreditar el uso efectivo del auxilio. Por eso, se dejó de pagar una suma mensual para pasar a pagar lo que realmente usaba la trabajadora al movilizarse.

Ahora, al absolver interrogatorio de parte la demandante en relación con el auxilio de movilización señaló que el mismo se causaba en razón del desplazamiento para el desempeño de sus funciones como asesora de ventas, acotando que mediante otro sí se fijó un garantizado de \$250.000 que tenía como finalidad “que nosotros nos desplazáramos siempre en taxi para que nosotros pudiéramos tener más posibilidades de cerrar negocios, eso era lo esencial del garantizado”. Aseguró que para cumplir las metas fijadas por la demandada tenían que visitar muchas empresas. Luego señaló que la empresa decidió de manera unilateral dejar de pagar el auxilio lo que advierte que “eso me afectó mis ingresos porque no es lo mismo ir en un taxi que desplazarme en un trasmilenio o en un bus” refirió

que movilizarse en taxi le permitía cerrar más negocios. Dijo que desde el mes de noviembre de 2014 le quitaron el garantizado de manera unilateral y confiesa que, en los meses de diciembre de 2014 a abril de 2015, reportó los desplazamientos que hizo y estos le fueron pagados.

Ahora bien, analizadas en conjunto las pruebas allegadas al plenario estima la Sala que el auxilio o gasto de movilidad reconocido por la demandada a la promotora del juicio no tenía carácter salarial, ya que estaba destinado exclusivamente a garantizar la efectiva prestación de sus servicios dentro de la ciudad o en municipios vecinos, y no a retribuirlos directamente, pues el rubro en comento estaba encaminado a garantizar el pago de los desplazamientos para visitar los potenciales clientes y no a enriquecer el patrimonio de la trabajadora por los servicios prestados.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado que los medios de transporte suministrados únicamente con el fin de mejorar el desempeño de las funciones asignadas, como en este caso, no pueden ser concebidos como salario, a la luz de lo previsto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo. (CSJ SL, 17 mar. 2010, rad. 29694).

Bajo esa premisa, el auxilio de movilización o gastos de movilidad no constituye salario para la demandante, en consecuencia, las condiciones para su causación y pago podían ser modificadas por la empleadora, lo que no constituía un mínimo salarial que afectara el ingreso o remuneración de la trabajadora, pues como quedó sentado este pago se hizo no para enriquecer el patrimonio de la accionante sino para que ejecutara a cabalidad sus funciones, luego ante el cambio en la forma en que se reconocía no puede hablarse de una disminución en los ingresos.

Ahora bien, queda probado que la demandada pasó de otorgar un monto mensual de \$250.000 por gastos de movilidad (f.º 14) a reconocer a la demandante exclusivamente lo que acreditaba mensualmente haber gastado en transporte público colectivo, pues tal como confesó ésta al absolver interrogatorio de parte, que entre diciembre de 2014 y abril de

2015 y como consta a folios 156 a 160, le fueron cancelados estos conceptos, lo que quiere decir que la fundación universitaria no dejó de proveerle los recursos para la ejecución de sus labores.

Así las cosas, estima la Colegiatura que el acto unilateral y arbitrario que alega la demandante no se configura y, en todo caso, la demandante no demuestra el perjuicio que se le ocasiona adicional a señalar que ya no podía movilizarse en taxi y que este hecho redundaba en la disminución del éxito de sus labores por el incremento en los tiempos de desplazamiento. En consecuencia, la sentencia no será modificada en este punto.

## 2. Del pago de comisión

En otro punto de apelación, arguye que la comisión reclamada en relación con el contrato suscrito con Méderi no se causó en el momento de la suscripción, sino en relación con su desarrollo y con los abonos que fueron hechos por Méderi. Alega que las condiciones para reclamar la comisión según el dicho de un testigo se planteaban de manera verbal, lo que desconoce que para la causación de las mismas debía existir un mutuo acuerdo.

Conforme al recurso, pasa la Sala a verificar las gestiones realizadas por la demandante respecto del cliente Hospital Méderi que generaron el pago de abonos, pues de entrada se aclara que no se está cobrando comisión por la suscripción final del contrato con el centro hospitalario.

Al respecto, se evidencia que la accionante allega documento denominado entrega de portafolio de clientes año 2014, en el que se relaciona en el numeral 121 al Hospital Méderi y en frente como especialista en formación a la demandante (f.º 5 a 19), el portafolio de servicios Unipanamericana (f.º 20 a 49), cuadro comparativo de desempeño de especialistas en formación, que mediante diferentes gráficas muestra el crecimiento constante en la producción de la accionante incrementado en un 71% del año 2012 al año 2013 (f.º 50 y 51).

También, allega plan de comisiones año 2014 (f.º 63), que establece un porcentaje de comisión que depende del cumplimiento que da alcance y continuidad al plan de comisiones del año 2013, así:

Cumplimiento de	% de comisión
70% - 79%	0.5%
80% - 89%	0.7%
90 - 99%	1.5%
100% o más	2%

Aporta documento "política pago de comisiones" en el que se lee:

*"El pago de las comisiones se hará según lo facturado bien sea a través de Compensar o venta directa Unipaamericana.*

*.El especialista debe garantizar sus indicadores de gestión, que el cliente entregue carta de aceptación de la propuesta y orden de servicio.*

*El especialista debe entregar el proceso a la prestación a través del formato de envío a operar (venta calificada) (Subraya fuera del texto f.º 64).*

Igualmente, se trajo revisión mensual de desempeño para los meses de marzo de 2012, julio, agosto, septiembre, de 2013, febrero, marzo, abril de 2014 (f.º 67 a 73), según los cuales en su mayoría en diferentes ítems el cumplimiento de la accionante fue superior al 100%. Asimismo, fueron traídos correos electrónicos cruzados con personal de Méderi en los que se relaciona dentro de los destinatarios a la accionante, en particular en el mensaje remitido el 25 de febrero de 2015 se indica que algunas personas validarán los módulos y proceder a la firma del acta de aprobación, no obstante, en correo del 4 de marzo de 2015 se refieren al mismo asunto al señalar que se encuentra pendiente (f.º 115 y 116).

Ahora, el testigo convocado señor Javier Arley Benítez, Líder de Mercadario quien como se dijo fue jefe de la demandante hasta agosto de 2014, señala que cuando él llegó no existía el modelo de comisiones, se presentaron propuestas y se aprobó finalmente uno conforme al tope de cumplimientos sobre los ingresos o sobre lo facturado. Dijo que la

accionante atendía Méderi por parte de Unipanamericana, lo que sabe porque fue él mismo quien hizo la asignación, dijo que con Méderi se cerraron unos negocios y sobre los mismos la accionante tenía derecho al pago de comisión conforme al plan de ventas, precisando que no sabía si le fueron canceladas pues cuando el salió en agosto de 2014 venían adelantándose unos procesos, pero no sabe que pasó después. Asegura que el proceso con Méderi fue largo y dijo recordar que la accionante le hizo seguimiento completo y lo hacía con la persona de acompañamiento de Compensar, gestión que consta en un CD que fue socializado.

Refiere el testigo que cada especialista en formación como la demandante *"debía registrar cada visita cada presentación de propuesta, cada venta cerrada"* también que *"yo no recuerdo en qué momento se logró concretar, de lo que sí puedo dar fe es del proceso de acompañamiento y venta consultiva que hizo Doris con Méderi y pues que se apegó a los procesos que nosotros teníamos"*. Refirió que era necesario el cumplimiento de un presupuesto y una facturación para constituir la comisión conforme a las metas del plan de ventas mensual *"ellos tienen una metas de x cantidad de dinero, si ellos lograban esa facturación se veía cual era el cumplimiento frente al mes y habían unas escalas comisionales por venta porque el proceso de recaudo completamente se dedicaba a otro proceso de Unipanamericana"* Asegura que *"el especialista en formación tenía que hacer todo el proceso de cierre cuando se emitía la orden de servicio por parte de la empresa, esto está contratado, estos son los documentos factúreme, hasta ahí iba el proceso del especialista en formación, era por un proceso de facturación, la facturación se causaba cuando se cerraba el negocio"* *"para el proceso de facturación se debían allegar los documentos legales de la empresa, el documento de confirmación"*.

A solicitud de la parte demandante también fue decretado y practicado el testimonio de Gloria Mercedes Muñoz quien se desempeñó como asesora empresarial y tenía a su cargo un grupo de empresas respecto de las cuales debía diseñar planes de desarrollo de objetivos, dijo que en esa labor la demandante era la especialista en formación que la acompañaba a las citas para diseñar las propuestas de formación, precisó

que ella tenía a cargo la empresa Méderi, que era la responsable ante Compensar y que la accionante la acompañó en la asesoría, nunca fue con otro asesor. Dijo desconocer si con ocasión de la gestión de la demandante se suscribió el contrato PS 29 -2014 con Méderi, tampoco si por ese acompañamiento se generó algún tipo de comisión y menos aún el porcentaje pactado por dicho concepto.

Ahora, la parte demandada convocó como testigo a José Ricardo Amorteguí quien indicó haberse desempeñado como Director de Formación Virtual en Unipanamericana. Refirió que con ocasión de una reunión que sostuvo con personas de Méderi les explicó lo que él hacía y el tema les llamo la atención y ello derivó en la suscripción del contrato PS 29 de 2014, pero señaló que la demandante no participó en esa ni en otras reuniones que llevaron a la consolidación técnica de esta propuesta. En todo caso, señaló respecto de la gestión de la actora *"la situación ahí pasa por dos dinámicas una tiene que ver con lo comercial y la otra tiene que ver con lo técnico específico, seguramente el ejercicio que se desarrolló por parte de ella fue verificar que se pasaran las facturas , se entregaran los productos a tiempo, que hubiera una comunicación fluida entre el proceso de formación virtual y Méderi pero no en lo técnico específico ...y si ella tenía bajo su responsabilidad el cliente entiendo que ella lo que hacía era sumar a otras soluciones que ella seguramente había gestionado.*

Del análisis en conjunto de los medios de convicción señalados, estima la Sala que la accionante logra demostrar que tuvo a cargo la gestión comercial de Méderi, pues quien fuera su jefe Javier Arley Benítez aceptó haberle asignado esta empresa, también que realizó acompañamiento y asistió a reuniones de gestión comercial con la misma, tal como expuso la testigo Gloria Mercedes Muñoz. No obstante, según el testigo José Ricardo Amorteguí, el contrato S 29 de 2014 se logró gracias a su propia gestión y no de la demandante quien refirió que la accionante estuvo pendiente del desarrollo del proceso en la verificación del cumplimiento de los tiempos y la facturación.



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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** sentencia proferida el 13 de noviembre de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**RADICADO:** 110013105 003 2018 00062 01

**DEMANDANTE:** JOHANN FRANCISCO PACHÓN PARRADO

**DEMANDADO:** KROHNE ANDINA S.A.S.

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

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, el 15 de octubre de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de julio de 2012 hasta el 15 de julio de 2017, momento en la que decidió dar por terminado el vínculo, durante el cual desempeñó como account manager (gerente de cuentas) y gerente general de la demandada. Que percibió como último salario \$10.090.000 más comisiones que en promedio de los últimos tres años ascienden a la suma de \$9.209.952, además, que tenía derecho al reconocimiento de comisión del 6% de la utilidad operacional de cada proyecto, comisión del 8% de la utilidad operacional de cada venta. Igualmente, como gerente general tenía derecho a 5% de la utilidad (EBITDA) de la empresa siempre que las condiciones de EBITDA superaran el 15%, las cuales fueron cumplidas en todos los años, salvo el 2016. Se declare que, durante los años 2014 y 2015, devengó comisiones por ventas que fueron revisadas, evaluadas y aprobadas por la

Junta Directiva y obtuvieron revisión por parte de asesores externos. Por tanto, se le adeuda por concepto de comisiones la suma de \$136.549.745, la cual constituye factor salarial para la liquidación y cancelación de vacaciones y aportes a la seguridad social. Además, la demandada le canceló por anticipo de comisiones las sumas de \$21.266.962 y \$58.734.038, en virtud de los cuales debe realizar el ajuste a los aportes de seguridad social en pensiones para los años 2014, 2015 y 2016, adeudándole también el ajuste a la compensación en dinero de vacaciones para el periodo comprendido entre el 16 de julio de 2013 y el 15 de julio de 2017.

En consecuencia, implora se condene a la demandada a pagarle la indemnización moratoria por el no pago de sus salarios correspondientes a las comisiones dejadas de cancelar desde el mes de julio de 2017 hasta el día en que los dineros sean cancelados. Se actualice el valor de las obligaciones insolutas, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 16 de julio de 2012 se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido a la empresa Equipos y Controles Industriales S.A; que el 1º de abril de 2014 le fue comunicada la sustitución patronal a Krohne Andina S.A.S., manteniéndose las condiciones inicialmente pactadas en el contrato laboral. indica que mediante acta sin número de la Asamblea de Accionistas del 24 de octubre de 2013, inscrita en el Registro Mercantil el 10 de enero de 2014, fue nombrado Gerente Principal.

Aduce que desempeñó como último cargo el de Gerente General hasta el 15 de julio de 2017, cuando decidió dar por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo, tiempo para el cual devengaba como salario la suma de \$10.090.000, bajo la figura de salario integral, más la suma de \$9.209.952 por concepto de promedio de comisiones devengadas en los últimos 3 años, bonos Sodexo Canasta por valor de \$900.000 y bonos por gasolina de \$300.000, los cuales fueron constitutivos de factor

salarial, pero que nunca se tuvieron en cuenta para el pago de aportes a Seguridad Social, ni para liquidación y pago de vacaciones.

Indica que el 10 de junio de 2012, el señor Pedro Santiago Jidy como miembro de la Junta Directiva de la demandada le remitió correo electrónico en el que le indicó las condiciones de oferta del cargo Gerente División Unidades Paquete más Vendedor División Unidades Paquete señalándole que incluía como remuneración salario integral equivalente a 13 salarios mínimos legales mensuales vigentes, bonos Sodexo y los bonos gasolina; salario variable que comprendía el 8% sobre utilidad de ventas de equipos, el 6% sobre utilidad de venta de unidades, el 5% sobre utilidad antes del impuesto del P&G al cierre del año fiscal de la división; garantizado mensual de \$10.000.000 como pago anticipado del P&G y como beneficios adicionales le ofrecieron vehículo corporativo, medicina prepagada.

Manifestó que Ruth Nohemí Fernández Valbuena Jefe de Nómina y Contratación el martes 15 de diciembre de 2015, remitió a diferentes áreas el pago que le realizó la empresa por \$74.427.325, además, que generó comisiones por \$216.549.745.

Expuso que presentó renuncia a partir del 16 de junio del año 2017, aceptada mediante comunicación de 15 de julio de 2017, en la que quedó consignada que *"En la liquidación quedan pendientes las comisiones las cuales tienen un tiempo de revisión y preparación en el departamento contable y una vez estén estimadas le notificaremos su monto y día de pago. El giro se hará previa verificación de la entrega del vehículo"*. Preciso que el automotor fue entregado el 3 de julio de 2017.

Adujo que, en la liquidación del contrato de trabajo se omitió tener en cuenta el valor de las comisiones pagadas para la liquidación y pago de la compensación de vacaciones de 18.75 días, toda vez que solo fueron calculadas teniendo en cuenta el salario base sin tener en cuenta los demás devengos salariales (f.º 3 a 29).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones, salvo la relacionada con la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, los extremos y la terminación del vínculo por parte del trabajador. Refirió, que el demandante en cuanto fue ascendido al cargo de Gerente General, sin recibir autorización por parte de la Junta Directiva de la compañía fijó una política de comisiones y bonificaciones aplicables a él, atada al cumplimiento de un presupuesto de ventas que él mismo fijó. Precisó que la empresa y el trabajador no pactaron en el contrato de trabajo ni en cláusulas adicionales u otro sí, el pago de comisiones por el cumplimiento de metas u objetivos.

En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio, el cobro de lo no debido, la buena fe, la falta de causa, el pago y las demás que se llegaren a probar (f.º 91 a 107).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de octubre de 2019, absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

En sustento de su decisión, manifestó que la parte actora no demostró haber pactado de manera bilateral el pago de comisiones con la demandada, pues, aunque en algunos documentos se menciona este concepto no se reconoce el mismo por parte de la empresa demandada y no se probó con movimientos contables que efectivamente el trabajador recibiera pagos por este tópico.

## III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, al manifestar que no fueron tenidas en cuenta las pruebas documentales, tampoco el testimonio de quien fungió como contador público en la

empresa con las cuales se demuestra que la empresa sí aprobó el pago de comisiones al accionante y que existe aún un saldo por cancelar por dicho concepto.

De otro lado, expuso que conforme el artículo 53 de la Constitución Nacional debe primar la realidad sobre las formas y, aunque no se aceptó la oferta como establece el Código de Comercio, lo cierto es que la empresa si la tuvo en cuenta tanto en el salario como en los demás beneficios que fueron otorgados. Alegó que la demandada aceptó que hubo pago de comisiones y aunque dijo que el demandante como representante legal se las había otorgado a él mismo, ello no es cierto, pues de otra manera la junta directiva hubiera rechazado y no aprobado, como sucedió, los estados financieros al darse cuenta que el representante legal se había asignado unas comisiones sin su consentimiento.

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

#### **IV. CONSIDERACIONES**

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

No es materia de discusión en este juicio, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de julio de 2012 al 15 de julio de 2017, momento en que el demandante decide poner fin al vínculo laboral. Tampoco que mediante asamblea de accionistas celebrada el 24 de octubre de 2013, el accionante fue nombrado Gerente Principal de la empresa, pues así lo aceptó la demandada al contestar los hechos primero, segundo y cuarto del escrito introductorio (f.º 91).

Claro lo anterior, pasa la Sala a establecer si las partes pactaron el pago de comisiones al promotor del juicio y si por tal concepto adeuda

alguna suma de dinero, para tal fin se verificará la totalidad de los documentos aportados y la testimonial practicada.

Pues bien, allega el promotor del juicio copia del contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 16 de julio de 2016 con Equipos y Controles Industriales S.A., para el desempeño del cargo de Gerente Unidades de Paquete, en el que se acordó un salario integral de \$7.367.100. Respecto a este documento, la única mención que se hace frente a las comisiones se verifica en el parágrafo primero de la cláusula tercera, al señalar:

*“Se aclara y se conviene que en los casos en que EL TRABAJADOR devengue comisiones o cualquier otra modalidad de salario variable, el 82.5%, de dichos ingresos constituyen remuneración de la labor realizada y el 17.5% restante está destinado a remunerar el descanso en los días dominicales y festivos...” (f.º 36 vto).*

En el mismo instrumento, pero en la cláusula sexta las partes consignaron que para efectos de la liquidación de prestaciones sociales de carácter legal o extralegal no serían constitutivos de salario las sumas que ocasionalmente recibiera el trabajador incluidas allí las bonificaciones.

También se allega modificaciones al otrosí al contrato suscritas por las partes el 1º de abril de 2014, mediante el cual a partir de la fecha se sustituye el empleador a KROHNE ANDINA S.A.S. (f.º 38 vto); el 1º de mayo de 2014, en la que se modifica el salario a la suma de \$9.000.000 (f.º 38); otro suscrito el 16 de junio de 2014 en el que se cambia el cargo desempeñado por el demandante al de Director General, con variación de funciones (f.º 39); otrosí del 12 de septiembre de 2016, donde las partes acordaron que el accionante desempeñaría el cargo de Director General Nivel I, devengando a partir del 1º de enero de 2016 \$10.090.000, con la salvedad que *“Todas las demás cláusulas del contrato laboral se mantendrán vigentes”*(f.º 40).

Se anexa documento denominado *“POLÍTICA DE COMISIÓN DE VENTAS”*, mediante el cual se indica que el beneficio que otorga la

empresa a sus empleados tiene como único fin el de optimizar el cumplimiento de los objetivos establecidos. No obstante, en el cuadro se indica que el Gerente General obtendrá el pago del 5% sobre la actividad operacional (P&G), un 6% de la actividad operacional del proyecto y un 8% de la utilidad de la venta (f.º 41). Igualmente, a folios 42 y 43 existe impresión de correo electrónico remitido por el actor a Yanile Ospina Franco el 15 de junio de 2017, en la que le indica "Adjunto email de confirmación de gerencia E.C.I. Por favor confirme si esta información es suficiente".

Verifica el Tribunal que lo remitido por el actor es un correo electrónico que le envió Pedro Santiago Jidy de la dirección electrónica [pjidy@eci.com.co](mailto:pjidy@eci.com.co) el **10 de junio de 2012**, en el que le indica: que el cargo ofrecido es el de "Gerente de División Unidades Paquete +vendedor división unidades paquete" y la remuneración sería un salario mínimo integral del equivalente a 13 salarios mínimos legales vigentes, \$900.000 en bonos sodexo canasta, \$300.000 en bonos para gasolina y un salario variable equivalente a 8% sobre utilidad de ventas equipos, 6% sobre utilidad de venta de unidades (skids o soluciones) y 5% sobre utilidad antes de impuestos del P&G al cierre del año fiscal de la división. Señala también la comunicación "Garantizado mensual para garantizar el salario mensual hasta llegar a \$10.000.000 como pago anticipado del P&G. Finalmente, se exponen como beneficios adicionales ofrecidos vehículo y medicina prepagada y se le indica al accionante que tiene una excelente oportunidad de desarrollo en esta unidad (f.º 42 y 43).

Se aporta además la parte actora certificados de ingresos y retenciones en los que se evidencia que en el año 2015 el demandante recibió \$35.776.308, por concepto de otros ingresos como empleado y por el mismo rubro en el año 2016 la suma de \$9.767.226 (f.º 44 y 45), no obstante, el promotor del juicio no prueba que estos pagos correspondieran al reconocimiento de comisiones.

Junto con la demanda, además fueron allegados desprendibles de nómina correspondientes a la segunda quincena del mes de mayo de 2015,

según el cual al demandante le fueron cancelados \$450.747 por el concepto "comisiones salario integr" (f.º 50); de la primera quincena de agosto de 2015, en el que se le paga la bonificación por mera liberalidad de \$20.000.000 (f.º 49); el desprendible de la primera quincena de septiembre de 2015 que se relaciona el pago de bonificación por mera liberalidad de \$6.000.000 (f.º 48), de la segunda quincena de diciembre de 2015, donde al actor le fue desembolsada la suma de \$10.000.000, por concepto de préstamo de vivienda (f.º 46); el desprendible de la segunda quincena de enero de 2016, en la cual aparece cancelada una bonificación por mera liberalidad de \$7.800.000 y entre otras, una deducción por la misma suma como abono a préstamo de vivienda (f.º 47).

Igualmente, obra documentos relacionados con el pago de nómina del diciembre de 2015, en el que al gestor le fue consignado a su cuenta bancaria la suma de \$74.427.325 (f.º 51 a 55). También, fue aportada comunicación del 15 de junio de 2017, en la que la demandada informa al accionante que su renuncia será efectiva a partir de la fecha y en lo que importa al proceso le señala que:

*"Nota: en la liquidación quedan pendientes las comisiones, las cuales tienen un tiempo de revisión y preparación en el departamento contable y una vez estén estimados le notificaremos su monto y día de pago. El giro de la liquidación se hará previa verificación de la entrega del vehículo" (f.º 56)*

El demandante incorpora escrito mediante el cual realiza la entrega del vehículo que le fue asignado (f.º 57 y 58); la comunicación de la empresa de fecha 23 de junio de 2017 en la que le informa al demandante que en dicha fecha hace entrega y pago de la liquidación y además deja consignado que:

*"Queda pendiente la liquidación de comisiones y/o bonificaciones, las cuales se encuentran en revisión, una vez esté estimado el monto le notificaremos el día del pago" (f.º 59).*

Finalmente, la parte actora allega misivas cruzadas en las que requiere a la demandada el pago de comisiones y esta le contesta en

términos generales que no cuenta con soporte alguno que le permita determinar que las mismas fueron pactadas, o aprobadas por la Junta Directiva (f.º 61 a 73).

Ahora, a solicitud del demandante se decretaron los testimonios de Helen Karina Zipa Cortés, Carlos Mauricio Vergara Gómez y Luis Hernando Cortés Pérez, no obstante, solo se practicó el último de ellos, como quiera que los demás no se hicieron presentes en la hora y fecha señalada para adelantar la audiencia correspondiente. El testigo señala que laboró al servicio de la demandada desde septiembre de 2016 hasta julio de 2017, en un outsourcing de contabilidad. Que conoció al demandante como gerente de la empresa y aseguró que este pactó con la empresa el pago de comisiones, lo cual se enteró por intermedio de la Gerente Financiera Annie Macías que existía un acta, una política de la compañía para el pago de comisiones, no obstante, advierte que aunque conocía el hecho nunca vio el documento.

El declarante al ser cuestionado sobre el monto de las comisiones que devengaba el actor dijo *"bueno cuando nosotros recibimos el acta de entrega de la cantidad del outsourcing de contabilidad había un pasivo real aproximado de \$146.000.000"*, más adelante precisa que ese pasivo se origina en comisiones de los años 2014, 2015 y 2016. Asegura que las comisiones habían sido incluidas en los estados financieros de la empresa e incorporados dentro de los beneficios a empleados; estados financieros que señala fueron aprobados por la Junta Directiva, sin presentar ninguna observación. Dijo tener conocimiento de que al demandante se le hicieron unos anticipos por comisiones.

De otro lado, el testigo manifiesta no saber cuántos miembros integran la Junta Directiva de la demandada, no haber participado en ninguna reunión o asamblea en la que se hubiere aprobado o emitido la política de comisiones para los años 2014 y 2015, por lo que reitera al respecto que sólo conocía la política porque se la mostraron, también dijo no conocer el contrato de trabajo del demandante.

Ahora, al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada señora Marcela Yineth Arturo Martínez entró en serias contradicciones, pues, primero señala que en el año 2017 al demandante no le fueron liquidadas comisiones, sino bonificaciones por mera liberalidad que fueron pagadas. Después expuso que en los comprobantes de nómina aparecía el pago de comisiones porque el actor era el Gerente General de la empresa y había un outsourcing que llevaba la contabilidad y ese fue el manejo que le dieron ellos, no la empresa, ni ella misma. Además, señala que las comisiones no fueron parte de los balances y estados financieros que se presentaron a la junta directiva, por lo que no tenían ninguna validez; precisó que no fueron aprobadas comisiones ni bonificaciones. No obstante, después expone que en los balances hay una cuenta bonificaciones en los primeros dos años y después fue cambiada la cuenta a bonificaciones y comisiones como figuraba en los estados financieros. Finalmente, expuso que todos los balances fueron aprobados por la Junta Directiva.

De otra parte, a solicitud de la parte demandada fue practicado el interrogatorio de parte del accionante, quien aceptó conocer los estatutos de la compañía y saber en el numeral 2º del artículo 33, dispone que es función exclusiva de la Junta Directiva designar y remover libremente al gerente de la sociedad y fijar la forma y cuantía de su remuneración. Confiesa que se encargó de diseñar la política de comisiones y beneficios de los años 2014 y 2016 que le eran aplicables a él, lo cual efectuó mediante consulta a la parte correspondiente de socios. Al ser cuestionado sobre la aprobación de la junta de esta política, dijo que como los socios residían en distintos países, normalmente lo que se hacía era que el abogado las redactaba y se aprobaban por email.

Señala que la demandada por recomendación del representante legal de ECI - Pedro Santiago Jidy Solís, contrató los servicios del outsourcing que se encargaba de manejar y liquidar la nómina, pero que el acuerdo de prestación de servicios fue firmado por él. Asegura que una vez firmados por el contador de la empresa y el revisor fiscal, él suscribió los estados financieros. Preciso que para los años 2014, 2015 y 2016 no aparecen en

los estados financieros pago de comisiones, pues la empresa lo que hacía era relacionarlas como bonificaciones e incluso como prestamos de vivienda, manifestación que llama la atención de la Sala, como quiera que conforme el comprobante de nómina de la segunda quincena del mes de enero de 2016, al accionante le fue pagada una bonificación por mera liberalidad por la suma de \$7.800.000, rubro exacto deducido por abono a préstamo de vivienda (f.º 47).

Encuentra esta Colegiatura que en adición a los documentos allegados por el actor, la demandada aporta en lo que importa al recurso de apelación, la Política de Comisión de Ventas suscrita por el demandante, vigente a partir del 15 de septiembre de 2016 (f.º 142), documento que no fue tachado ni desconocido por éste, por el contrario, acepta su elaboración al absolver interrogatorio de parte. Así mismo allega una hoja del Manual de Funciones y Responsabilidades en el que se especifican las funciones del Director General (f.º 151).

Trajo documento con referencia "*Productos Asesoría Jurídico Laboral*" elaborado por AS Consulting S.A.S., que en su numeral 3º señala:

*"Legalización de dineros entregados a trabajadores y liquidación y pago de comisiones mediante contrato de transacción*

*Teniendo en cuenta que de acuerdo con la información entregada la política de comisión de ventas se encuentra vigente desde el 15 de septiembre de 2016 procedemos a identificar los casos de liquidación de comisiones y el estado de cuenta de dichos empleados con la empresa para poder proyectar los acuerdos de transacción que pueden ser planteados para la aprobación y/o comentarios de las partes involucradas" (subraya fuera del texto)*

El anterior elemento probatorio, para el caso del demandante señala que la liquidación de comisiones hasta el 31 de diciembre de 2015 asciende a \$111.114.430; que al actor le fue realizado en el mes de diciembre de 2015 un préstamo por \$80.000.000 y hubo unos descuentos autorizados para pago de comisiones liquidadas de \$15.600.000. Señala como base de comisión a liquidar en virtud de la transacción (se desconoce

cuál) \$95.514.430 y como saldo a favor del empleado antes de retenciones \$31.114.430, el documento al finalizar contiene la anotación *"Por último advertimos el carácter de confidencialidad del presente documento que únicamente tiene como fin servir de base para la toma de decisiones frente a los temas objeto de la consulta"* (f.º 153 a 161).

Se anexa por la demandada estados financieros a folios 154 a 259 que contienen notas, según las cuales dentro de las obligaciones laborales se encuentran *"Bonificaciones Extra por pagar"*, que a 31 de diciembre de 2014 ascienden a \$75.278.000 y para el año 2015 a \$293.177.000(f.º 189); más adelante se indican dentro de los costos de personal, comisiones para el año 2016 por \$25.359.042 y bonificaciones por \$25.053.066, para la misma anualidad; además se indican como valor de bonificaciones al 2015 \$22.467.017 (f.º 219). A folio 247 se detallan dentro de los beneficios a empleados al 31 de diciembre de 2016 comisiones y bonificaciones por \$47.511.000 y para el año 2017 \$14.796.000.

Conviene señalar que los valores antes relacionados hacen parte como ya se indicó de los estados financieros de la empresa, no obstante, los valores no están directamente relacionados con el demandante quien además de firmarlos aparece en ellos en la tabla en la cual se relaciona al personal administrativo y respecto de él únicamente se indica su cargo y la asignación salarial de \$10.000.000 (f.º 254).

Obran comprobantes de nómina desde abril de 2014 hasta noviembre de 2015 (f.º 260 a 301), sin embargo, solamente en los correspondientes a la primera quincena de septiembre y octubre de 2015 contienen un pago por concepto de bonificación por mera liberalidad de \$6.000.000 (f.º 296, 298). En resumen, de los acumulados detallados del demandante no se verifica el pago de bonificaciones o comisiones (f.º 304 a 307).

Relacionados y brevemente analizados los medios probatorios reclamados en la apelación y los demás obrantes en el expediente, se precisa para un mejor entendimiento del caso, que el demandante

pretende el reconocimiento y pago de comisiones derivadas de dos documentos, el primero de ellos, la oferta que le hiciera Equipos y Controles S.A. el 10 de junio de 2012, y segundo, de la Política de Comisiones y Ventas vigente desde el 5 de septiembre de 2016.

Así las cosas, comienza la Sala por señalar que mediante correo electrónico de **10 de junio de 2012** Equipos y Controles S.A (empleador inicial) a través de Pedro Santiago Jidy ofreció al demandante el cargo de “Gerente de División Unidades Paquete + vendedor división unidades paquete” con remuneración de un salario integral equivalente a 13 salarios mínimos legales vigentes, más otros beneficios y un salario variable equivalente a 8% sobre utilidad de ventas equipos, 6% sobre utilidad de venta de unidades (skids o soluciones) y 5% sobre utilidad antes de impuestos del P&G al cierre del año fiscal de la división. Además, un “Garantizado mensual para garantizar el salario mensual hasta llegar a \$10.000.000 como pago anticipado del P&G.(f.º 42 y 43).

No obstante, el demandante no demuestra por ningún medio que hubiese aceptado la oferta, es más, en la apelación se reconoce que no lo hizo, lo que resulta absolutamente relevante, pues ello, permite concluir que el negocio jurídico no se materializó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 850 del Código de Comercio, la cual contempla que, para tal fin, la propuesta debe ser aceptada. En ese mismo horizonte, el artículo 854 de la citada norma establece que: “La aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso”

Pese a ello, aunque entre el demandante y Equipos y Controles Industriales (empleador inicial), se suscribió un contrato de trabajo para desempeñarse como Gerente Unidades Paquete, no por ello, puede concluirse que hubo una aceptación tácita de la oferta, dado que el correo electrónico contentivo del ofrecimiento fue remitido el **10 de junio del año 2012** (f.º 42 y 43) y el contrato de trabajo fue suscrito hasta el **12 de julio**

**de 2012**, es decir, superado el término de 6 días, previsto en los artículos 850 a 853 del Código de Comercio. Así las cosas, no es dable establecer como lo pretende el apelante, que en virtud de la primacía de la realidad la empresa tuvo en cuenta la oferta para fijar y acordar las condiciones laborales y que estas fueron las que gobernaron el vínculo.

Con todo, vale la pena señalar que ni en el contrato de trabajo - ley para las partes - ni en los actos modificatorios del mismo (f.º 36 a 40), existe siquiera el indicio del pago del salario variable ofrecido al actor y no aceptado por éste. Aún más, llama poderosamente la atención que el demandante solamente exigiera el cumplimiento de esta oferta y la pusiera en conocimiento de la empresa hasta el 15 de junio de 2017, es decir, transcurridos más de 5 años desde que le fue presentada la misma (10 de junio de 2012); en todo caso, un mes antes de presentar la renuncia al cargo.

En ese contexto, no es posible condenar a la demandada a reconocer un salario variable que, aunque ofrecido, no fue aceptado y, en todo caso, no fue materializado en ejecución del contrato de trabajo, pues el actor no lo logra demostrar, ya que no prueba que durante los años 2012, 2013, 2014 y hasta septiembre de 2015, la demandada le hubiera desembolsado sumas de dinero correspondiente a los conceptos reclamados (para el efecto pueden verse los comprobantes de nómina de folios 260 a 297).

No pasa el Tribunal por alto que en los estados financieros correspondientes a los años 2014 y 2015, especialmente en las notas se incluyeron los conceptos "*Bonificaciones Extra por pagar*" que a 31 de diciembre de 2014 correspondían a \$75.278.000 y el año 2015 a \$293.177.000 (f.º 189), circunstancia que no resulta determinante como se pretende en la apelación, pues se trata de los estados financieros de la empresa y en ningún aparte se reconoce que esos concepto se adeudaran o se refirieran exclusivamente al demandante o a otros trabajadores de la compañía; circunstancia que no puede ser presumida en manera alguna por esta Colegiatura.

Tampoco se desestima que en la asesoría jurídico laboral realizada por ASconsulting S.A.S., se indica que el promotor del juicio se le adeudaban \$111.000.000 por concepto de liquidación hasta el 31 de diciembre de 2015, pero este documento no puede tenerse como un hecho aceptado por la demandada, pues proviene de un tercero (f.º 153 a 161).

Así las cosas, el promotor del juicio falta al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Sustantivo de Trabajo, al no demostrar los supuestos en los que funda sus pretensiones relacionadas con las condiciones iniciales del contrato de trabajo y en cuanto al salario variable.

Pasa ahora la Sala a determinar si la demandada aceptó la Política de Comisiones de Ventas que estuvo vigente a partir del 15 de septiembre de 2016 que dispone para el Gerente General el pago del 5% sobre utilidad operacional P&G, el 6% de la utilidad operacional de proyectos, y el 8% de la utilidad de la venta, sujetos a EBITDA del 15% (f.º 41 y 142).

Sobre el particular, basta con señalar que al absolver interrogatorio de parte el demandante, confiesa que los estatutos de la empresa en el numeral 2º del artículo 33, disponen que será función de la Junta Directiva exclusivamente designar y remover libremente al gerente de la sociedad y  fijar la forma y cuantía de su remuneración. También acepta que fue el encargado de diseñar la política de comisiones y beneficios para los años 2014 y 2016 que le eran aplicables a él y, aunque indica que lo hizo mediante la consulta con los correspondientes socios, no logra demostrar tal circunstancia, es más, al ser cuestionado por el acta levantada por la junta directiva para aprobar la citada política, dijo *“no había reuniones extraordinarias porque los socios viven en Holanda y en Italia y los otros en Miami, luego normalmente esas aprobaciones las redacta el abogado que era el mismo de Equipos y Controles Industriales y se hacían aprobaciones por email”*. No obstante, en el expediente no reposa el documento elaborado por el profesional del derecho y mucho menos los emails a través de los cuales uno o varios de los socios impartieron aprobación a la política elaborada por el demandante.

Al punto conviene resaltar que en comunicación dirigida a la empresa por el demandante el 23 de julio de 2017, expone *“remito algunos emails que no solo demuestran que existe intención de pago de comisiones por parte de la junta directiva y accionistas de la sociedad. Sino la insistente posición mía desde el cargo de Gerente General de solucionar el pago de comisiones 2014 - 2015 y posteriormente 2016, con el fin de evitar penalidades por parte de UGPP y/o Ministerio de Trabajo”* (f.º 65 y 66), pese a lo anterior, tales documentos no fueron aportados al proceso.

Ahora, aunque para los años 2015 y 2016 también los conceptos de bonificaciones y comisiones fueron incluidos en las notas a los estados financieros individuales (f.º 217, 219, 220, 249), tampoco aquí existe evidencia que los valore allí relacionados se refieran al demandante de manera exclusiva o que correspondan a la aplicación de la política elaborada por éste, con lo que se demostraría al menos la aceptación tácita de la misma por parte de la Junta Directiva de la empresa.

No pasa inadvertido la Sala que en la carta de aceptación de renuncia del 15 de junio de 2017 (f.º 36) y en la de entrega de liquidación (f.º 59), la empresa reconoce de manera expresa que se adeudan comisiones y/o bonificaciones al demandante y le expone que se encuentran en revisión, pero no señala ningún valor exacto por el cual pueda imponerse condena ahora. Véase como la liquidación de comisiones únicamente se encuentra detallada en documentos que fueron elaborados por el demandante (f.º 61, 62, 63) con los cuales no es posible establecer el valor de la comisión reclamada, pues corresponden a la propia afirmación del accionante que, por ende, no constituye prueba de lo que alega, dado que es sabido que a la parte no le es dable fabricar su propia prueba, tal como se indicó en sentencia CSJ SL 29 sept. 2005, rad. 24450.

Ahora, aunque también obran documentos provenientes de terceros en los que se mencionan valores de comisiones - no provenientes de la compañía - el Tribunal no puede proceder a liquidarlas con base en un documento que no está probado por ningún medio haya sido aceptado por la junta directiva. Así las cosas, aunque en la empresa demandada, se

verifica el pago de comisiones y bonificaciones, la parte actora no prueba que fuera acreedor del pago de las mismas, tampoco el monto o porcentaje en que debían ser liquidadas a efectos de que la Sala pudiera proceder a su determinación de haber demostrado el derecho.

Finalmente, aunque en la apelación se alega que con el testimonio de Luis Hernando Cortés Pérez se verifica que la empresa si aprueba el pago de comisiones al demandante, debe señalarse que ello no es cierto, como quiera que el testigo lo que manifiesta es que fue que se enteró por medio de la gerente financiera Annie Macías que había un acta, pero fue claro en manifestar que nunca la vio, convirtiéndose apenas en un testigo de oídas a quien no le consta la suscripción del documento y cuyo dicho se funda en lo que un tercero le expresó.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala confirmará la decisión apelada.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

## V. DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** sentencia proferida el 15 de octubre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

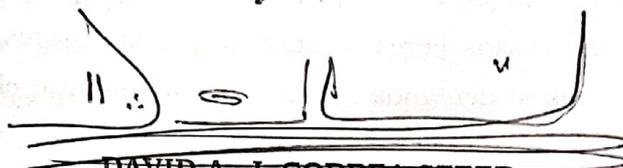
**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia ante su no causación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 003 2018 00550 01  
**DEMANDANTE:** YADY ALEXANDRA DÍAZ PINEDA  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES., ACTIVOS S.A, MISIÓN TEMPORAL  
LTDA. Y COLTEMPORA S.A.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de noviembre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada Colpensiones desde el 28 de marzo de 2014 hasta el 19 de enero de 2018, en el cual se desempeñó como Profesional Master Grado 08 y devengó como último salario la suma de \$9.105.061. En consecuencia, se condene a Colpensiones a reconocerle diferencias salariales entre el cargo de profesional 2 y el cargo de Profesional Master Grado 08 correspondiente a la planta de personal de Colpensiones. A pagar el recargo nocturno, el beneficio salarial por año de servicios, la bonificación por servicios prestados, la diferencia de cesantías, los intereses a las cesantías, de las primas de navidad y de servicios. Se condene a los intereses de mora previstos en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, la sanción moratoria, la

indexación y los demás derechos que se encuentren probados conforme a las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que obtuvo el título de comunicador social - periodista el 24 de noviembre de 2005 y el de especialista en derecho laboral y seguridad social el 30 de septiembre de 2011. Que laboró para la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A en el cargo de Analista 1 - Reconocimiento, a partir de 22 de enero de 2004 hasta el 27 de marzo de 2014; en el cargo de análisis de reconocimiento de pensiones por lo que acreditaba 120 meses de experiencia profesional relacionada con el reconocimiento y pago prestaciones del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Expuso que se vinculó a Colpensiones el 28 de marzo de 2014 hasta el 19 de enero de 2018, así:

<b>Empresa</b>	<b>Fecha ingreso</b>	<b>Fecha retiro</b>	<b>Salario</b>
Activos S.A.	28/03/2014	25/06/2014	\$3.567.900
Coltempora S.A.	26/06/20014	10/12/2014	\$3.567.900
Coltempora S.A.	11/12/2014	31/03/2015	\$3.567.900
Activos S.A.	01/04/2015	31/01/2016	\$3.985.857
Activos S.A.	01/02/2016	31/01/2017	\$3.985.857
Misión Temporal SERDAN S.A.	01/02/2017	19/01/2018	\$4.254.902

Señaló que a lo largo del vínculo prestó sus servicios en diferentes horarios:

<b>Periodo desde</b>	<b>Periodo hasta</b>	<b>Horario</b>
28/03/2014	08/12/2014	7:00 a.m. a 6:00 p.m.
09/12/2014	31/12/2015	2:00 p.m. a 10:00 p.m.
01/01/2016	31/12/2016	6:00 a.m. a 2:00 p.m.
01/01/2017	31/12/2017	2:00 p.m. a 10:00 p.m.
01/01/2018	19/12/2018	6:00 a.m. a 2:00 p.m.

Indicó que las funciones desarrolladas consistieron en la sustanciación de solicitudes de prestaciones económicas en todas las instancias, atención tutelas, elaboración de informes y apoyó procesos de control de calidad, las cuales ejecutó bajo la continuada subordinación de los coordinadores de Colpensiones, vinculados como trabajadores oficiales, quienes tenían a su cargo concederle permisos, le impartían llamados de atención y median la meta de proyección de actos administrativos.

Manifestó que mediante Resolución n.º 016 del 30 de diciembre de 2011, la Junta Directiva de Colpensiones señaló el régimen salarial de los trabajadores oficiales de la entidad, para lo cual estableció en su artículo 5º las competencias laborales y requisitos para el ejercicio de los cargos, con la diferencia entre la experiencia profesional, relacionada y laboral. Adujo que conforme a la Resolución n.º 003 de 2012 emitida por la Junta Directiva de Colpensiones fueron señaladas las funciones generales y específicas de la planta de personal de la entidad, que con respecto al cargo de Profesional Senior 4 consisten en: Expedir actos administrativos que decidan sobre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas de las diferentes prestaciones basados en criterios jurídicos institucionales; desarrollar respuestas a los recursos de reposición, solicitudes de revocatoria directa; realizar el seguimiento oportuno para la inclusión de novedades en nómina de pensionados; atención y respuesta oportuna y de fondo en asuntos del área, derechos de petición, acciones de tutela, dar cumplimiento a órdenes judiciales, entre otras.

Precisó que en la misma resolución se fijó la escala salarial para el año 2012, que para el cargo Profesional Senior 4, fue de \$3.874.618, sobre el cual se dispusieron aumentos anuales, que para el año 2016 fue de \$5.001.525. Señaló que la entidad dispuso en su reglamento interno que la jornada de trabajo ordinaria se realiza desde las 6:00 a.m. hasta las 6:00 p.m. y el trabajo nocturno es el comprendido entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m., además que el trabajo nocturno por el sólo hecho de serlo se remunera con un recargo del 35% y si es extra con un 75%, sin que se puedan acumular. Indicó que mediante Resolución n.º 0078 del 27 de noviembre de 2014 se creó el beneficio salarial por año trabajado

equivalente a 15 días de remuneración básica mensual, pagadero al 30 de junio de cada anualidad. Finalmente, que reclamó administrativamente ante Colpensiones el 6 de febrero de 2018, la cual fue respondida negativamente (f.º 5 a 26f)

Al dar respuesta a la demanda, la demandada Colpensiones se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la reclamación administrativa y que la entidad contestó de forma negativa. Respecto de los demás, manifestó no constarle o no ser ciertos. En su defensa, propuso la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario y las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la buena fe, el cumplimiento de las ordenes de la Corte Constitucional y la de prescripción (f.º 70 a 102).

Por auto del 12 de octubre de 2012, se dispuso la integración del contradictorio con Activos S.A.S., Coltempora S.A. y Misión Temporal LTDA y Serdan S.A.S. (f.º 163).

Al contestar Misión Temporal Ltda dijo que no se oponía ni se allanaba a las pretensiones. Respecto de los hechos manifestó que ninguno de los hechos le constaba. Con el fin de enervar las pretensiones de la demanda propuso las excepciones de inexistencia de solidaridad entre la empresa Misión Temporal y Colpensiones, inexistencia de causa para pedir, pago total de las obligaciones correspondiente al contrato laboral, la de buena fe, mala fe del demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de derecho sustantivo, cesión de la facultad subordinante de la demandante a Colpensiones, trabajadora en misión, compensación, terminación del contrato por justa causa, cobro de lo no debido y las demás declarable de oficio (f.º 192 a 236).

Por su parte, la demandada Activos S.A.S. frente a las pretensiones indicó que ni las acepta, ni se opone. En cuanto a los hechos aceptó los periodos en los cuales prestó servicios a Colpensiones a través de esta empresa, así como los salarios cancelados, que se desempeñó como Profesional II y las funciones le eran asignadas por Colpensiones. En

relación con los demás hechos manifestó no constarle los mismos. En su defensa propuso la excepción previa de prescripción y las de fondo de prescripción, pago, compensación, inexistencia de la obligación y la genérica (Cuaderno 2 contestación y pruebas Activos S.A.S).

La demandada Coltempora S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones elevadas en su contra. Respecto de los hechos aceptó los relacionados a los periodos y salarios en los cuales prestó la demandante servicios a Colpensiones, indicando que esta entidad no fue la empleadora de la accionante.

Propuso en defensa de sus intereses, las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas; inexistencia de despido, - terminación del contrato de trabajo conforme a los presupuestos objetivos y legales señalados en el artículo 61 del Código Sustantivo de Trabajo; cobro de lo no debido y falta de causa para pedir, la de buena fe, mala fe, temeridad y deslealtad procesal; prescripción de derechos; compensación y cualquier otra declarable de oficio (f.º 347 a 383).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de noviembre de 2019, declaró que entre la demandante y la demandada Colpensiones existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 28 de marzo de 2014 y finalizó el 19 de enero de 2018, en atención al principio de primacía de la realidad. Absolvió a la demandada y a las llamadas a integrar el contradictorio de las pretensiones elevadas en su contra. Condenó en costas a la demandante (f.º 575 y 576).

Como sustento de su decisión, señaló que Colpensiones contrató a la demandante para realizar labores de carácter permanente que debió ser atendido por personal directamente vinculado a la entidad. De otro lado, consideró que la parte accionante no demostró haber realizado las mismas funciones asignadas al cargo respecto del cual pretendía la nivelación

salarial. Finalmente, determinó que tampoco se demostró el periodo en el cual la actora prestó sus servicios en el turno de la noche para hacerse acreedora al recargo correspondiente.

### III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recursos de apelación.

La parte **actora** lo hizo al argumentar que al haberse demostrado que el verdadero empleador es Colpensiones, se deben reconocer los derechos propios de los trabajadores oficiales, precisando que se probó que existieron trabajadores con la misma categoría, igual preparación, cumplido los mismos horarios, idénticas responsabilidades y funciones por lo que la remuneración debe ser la misma, sin existir predilección que cause que el empleador no haya igualado el salario y las prestaciones.

Señaló que conforme al artículo 13 de la Constitución Nacional el cual establece el derecho a la igualdad, es predicable respecto de todos los trabajadores, esto implica que la remuneración del trabajador depende de sus habilidades de las funciones que desempeñaba y en el presente proceso se demostró que la demandante realizó las mismas funciones que otros trabajadores oficiales por lo que el salario también debió ser igual.

A su turno, la demandada **Colpensiones** arguyó que debe ser revocada la sentencia en cuanto declaró la existencia de un contrato de trabajo con la demandante, pues si bien el despacho señaló que las empresas de servicios temporales no pueden ser utilizadas para cubrir servicios permanentes, el Despacho no analizó en debida forma que la situación que llevó a Colpensiones a contratar por medio de este tipo de empresas no fue una situación permanente y se generó por la necesidad de resolver las solicitudes de reconocimiento pensional, luego de la creación de la entidad y que tenía atrasado el ISS, siendo así que se debió a un aumento de la producción luego de emitido el Auto 110 de 2013, el cual le ordenó a Colpensiones tomar las medidas necesarias para asegurar el presupuesto del personal y la infraestructura para corregir el atraso

estructural. Alegó que la contratación a través de servicios temporales sólo se dio hasta cuando Colpensiones pudo ampliar su planta de personal lo que implicaba acatar el proceso establecido por la ley.

De otro lado, señaló que el plazo de seis meses prorrogable por seis meses previsto para las empresas de servicios temporales tiene como excepción que de presentarse causa extraordinaria se puede superar este término y ello sucedió aquí, pues la Corte Constitucional emitió varios autos e incluso emitió tutelas, mediante las cuales emitió órdenes que llevaron a la entidad a contratar con este tipo de empresas.

Adujo que la demandante al absolver interrogatorio de parte aceptó que cada contrato que suscribió con cada empresa fue diverso, pues estuvo en el grupo de sobrevivencia, en el grupo de apelaciones, luego en el de sentencia y luego en el de cumplimientos, estableciéndose que a pesar de tener el cargo de Profesional II, no siempre llevó a cabo el mismo requerimiento lo que lleva a concluir que la causa originaria de cada contrato comercial era diferente y atendía a diferentes órdenes de la Corte por lo que cada contrato fue independiente.

Aseguró que en Colpensiones no existe en la actualidad el cargo de Profesional II y no hay ninguno que se le asemeje, por lo tanto, el requerimiento era de carácter temporal, para que la entidad pudiera cumplir con el plan de acción para dar cumplimiento a las órdenes de la Corte Constitucional. Preciso que levantado el estado de cosas inconstitucional y obtuvo la aprobación de los estatutos internos para ampliar la planta de personal se hizo mediante contrato 1202 de 2017 con la firma MANPOWER el cual debió ser suspenso ante la falta de transparencia, precisando que con posterioridad y por estar vigente la ley de garantías no fue posible contratar nuevamente al personal. Finalmente, que Colpensiones no fungió como verdadero empleador, pues quedó probado que todos los salarios, aportes a seguridad social y demás fueron cancelados por las empresas de servicios temporales

#### **IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

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

#### **V. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si entre el actor y Colpensiones, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 28 de marzo de 2014 hasta el 19 de enero de 2018.

##### **1. De la existencia del contrato de trabajo**

Frente al particular, anota la Sala que el contrato de trabajo a la luz del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, se configura cuando concurren la: 1) actividad personal del trabajador; 2) dependencia del trabajador respecto del empleador, que le otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, y 3) un salario como retribución del servicio. A su vez, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1975 dispone que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, por lo que corresponde a este último destruir la presunción. Es decir, basta al trabajador demostrar la que prestación del servicio para que se presuma la existencia de dicho vínculo laboral subordinado.

Bajo ese horizonte, una vez reunidos los tres elementos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, tampoco por las condiciones particulares que le asigne el empleador, ni por las modalidades de la labor o por el tiempo que en su ejecución se invierta, ni

del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, o el sistema de pago ni de cualquier otra circunstancia, pues, así lo dispone el artículo 3º del referido precepto legal.

Igualmente, es pertinente recordar que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, las *“empresas de servicios temporales son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.”* Paralelamente, el artículo 73 *ibídem* señala quienes son los terceros beneficiarios al expresar que *“Se denomina usuario, toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.”*

De lo anterior emerge que las empresas de servicios temporales tienen un objeto previamente delimitado en la norma, lo que hace que las contrataciones o envío de trabajadores en misión se ejecuten bajo casos o situaciones específicas, las cuales han sido desarrolladas por esta ley y establecidas de la siguiente manera:

**“Artículo 77.** *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) meses más.”*

Disposición que se acompasa con lo dispuesto el artículo 6º del Decreto 4363 de 2006.

Conviene precisar, que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia sentencia SL3520-2018 reiterada en la SL 467 de 2019, adoctrinó:

*“[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador».*

*Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.*

*Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (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 un periodo igual.*

*Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.*

*En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien las empresas de servicios temporales se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria».*

*Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.*

*Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.» (Subrayas fuera del texto).*

Ahora bien, en cuanto a la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como una de las formas de organización de la producción en virtud de la cual se hace un encargo a un tercero de ciertas partes u operaciones del proceso productivo, éstas son legítimas en el orden jurídico; no obstante, frente a su utilización, la jurisprudencia ha señalado que *“(...)no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades. La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.”* (CSJ SL 467 de 2019).

Por eso, cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, se presenta la intermediación laboral ilegal.

Para el presente caso, de conformidad con el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, hace parte del Sistema General de Pensiones y tiene por

objeto la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 y las demás prestaciones especiales que determine la Constitución y la Ley, en su calidad de Entidad financiera de carácter especial.

Claro lo anterior, se advierte que la parte actora allega certificaciones de trabajo, según las cuales la accionante prestó servicios como a continuación se señala:

Empresa empleadora	Fecha ingreso	Fecha retiro	Salario	Tipo de contrato	Empresa Usuaría	Folio
Activos S.A.	28/03/2014	25/06/2014	\$3.567.900	Obra o labor	Colpensiones	32
Coltempora S.A.	26/06/20014	10/12/2014	\$3.567.900	Obra o labor	Colpensiones	33
Coltempora	11/12/2014	31/03/2015	\$3.567.900	Obra o labor	Colpensiones	34
Activos S.A.	01/04/2015	30/01/2016	\$3.985.857	Obra o labor	Colpensiones	35
Activos S.A.	01/02/2016	31/01/2017	\$3.985.857	Obra o labor	Colpensiones	36
Misión Temporal	01/02/2017	19/01/2018	\$4.254.902	Obra o labor	Colpensiones	37

Del contenido de los certificados visibles a folios 32 a 37, se evidencia las funciones de la demandante se sintetizan en:

*“sustanciar las solicitudes de prestaciones económicas en todas las instancias (primera de decisión, recurso de reposición, apelación, revocatoria directa, queja, nuevo estudio, cumplimiento de sentencias) radicadas en Colpensiones o las trasladadas en la represa del ISS EN LIQUIDACIÓN.*

*Contestar derechos de petición*

*Atender las tutelas en todas sus instancias.*

*Realizar los informes que se requieran*

*Apoyar los procesos de control de calidad cuando sean requeridos*

*Las demás asignadas por su jefe inmediato”.*

A solicitud de la parte demandante fueron decretados los testimonios de Bibiana del Pilar Auzque, Richard Alexander Quintero Solano y Margareth Licon Castro, no obstante, este último no fue practicado por

no presentarse en la hora y fecha señalada. Los testigos señalaron que prestaron sus servicios a Colpensiones a través de empresas de servicios temporales al igual que la demandante de quien fueron compañeros, incluso en algunos momentos desempeñaron las mismas funciones. También que la actora laboró en el área de reconocimientos, para la emisión de resoluciones en pensiones de invalidez y sobrevivientes; manifestaron que se realizaban rotaciones entre empresas de servicios temporales pero que no se presentó un día siquiera de interrupción entre uno y otro contrato. Indicaron que entre los trabajadores en misión y los trabajadores oficiales de Colpensiones la única diferencia era la remuneración, pues estos recibían una bonificación, además el recargo de trabajo realizado en jornada nocturna, pues por lo demás las funciones, la jornada, las directrices eran las mismas para ambos grupos. Precisaron los testigos que el pago de salarios provenía siempre de las empresas de servicios temporales y que era ante personal de las mismas quienes debían acudir en caso de requerir permisos o autorizaciones para ausentarse. Finalmente, los deponentes apenas señalaron como funciones cumplidas por la accionante las de proyección de resoluciones de reconocimiento de pensiones de invalidez y sobrevivientes y en el grupo de sentencias.

De otro lado, a solicitud de la parte actora fueron decretados los testimonios de los representantes legales de las demandadas Misión Temporal: Ruth Natalia Moreno Moreno y de Activos S.A.S: Juan Carlos Restrepo Rivera, quienes señalaron que la accionante fue remitida como trabajadora en misión a Colpensiones. Explicaron que cada una de sus representadas en la oportunidad correspondiente estipuló con la accionante las cláusulas del contrato de trabajo, que le cancelaron el salario, realizaron la afiliación y pago de aportes a seguridad social, ejercieron las acciones disciplinarias correspondientes respecto de quien fuera su trabajadora y le pagó la liquidación final del contrato.

Particularmente, el representante legal de Activos S.A.S. manifiesta que Colpensiones recibió todo el atraso que existía en el reconocimiento de pensiones en el Instituto de Seguros Sociales, pero no daba cumplimiento a todos los requerimientos que hacían los usuarios, por lo que estos

instauraron acciones de tutela y los fallos adversos a Colpensiones tampoco se cumplían, razón por la cual el presidente de la época se vio incurso en varias sanciones por desacato y cuando la Corte Constitucional conoció del asunto, frenó las sanciones por desacato y le otorgó a Colpensiones unos plazos para que se pusiera al día en el reconocimiento. Precisó que la entidad entonces se vio abocada a acudir a las empresas de servicios temporales para que le asignaran trabajadores en misión.

Conforme a lo anterior, advierte la Sala que, pese a que Colpensiones se benefició de los servicios personales de la demandante para cumplir funciones propias del giro normal de sus actividades relacionadas con el reconocimiento de diferentes pensiones en distintas instancias, ello no conlleva automáticamente a señalar que el ente de seguridad social es su verdadero empleador y que las temporales fueron utilizadas fraudulentamente para disfrazar una relación laboral.

Lo anterior, como quiera que está demostrado que Activos S.A. contrata a la demandante para *“la prestación de servicio para atender INCREMENTO PARTE ADMINISTRATIVA, la cual durará por el tiempo estrictamente necesario solicitado al EMPLEADOR por el USUARIO. En consecuencia, este CONTRATO terminará en el momento que el USUARIO comunique al EMPLEADOR, que ha dejado de requerir los servicios del TRABAJADOR, sin que el EMPLEADOR tenga que reconocer indemnización alguna”* (f.º 32 48, 68 cuaderno contestación Activos).

Por su parte, Coltempora la vincula para *“efectuar las labores de PROFESIONAL II por el tiempo que tarde la empresa usuaria en cumplir las metas ordenadas en los autos 110 y 320 de 2013 proferidos por la Honorable Corte Constitucional y en todo caso, como plazo máximo de duración mientras se encuentre vigente el contrato de prestación de servicios suscrito entre la usuaria y COLTEMPORA S.A. (...)”* y para *“efectuar las labores de PROFESIONAL II (...) fundamentalmente aquellas enmarcadas y plenamente conocidas por los aquí contratantes, referente con el cumplimiento de metas de la empresa usuaria Colpensiones, ordenadas conforme los autos 110 y 320 de 2013 proferidos por la Honorable Corte*

*Constitucional, que el trabajador declara conocer y aceptar expresamente al momento de su vinculación (...)*" (f.º 429).

La vinculación con Misión Temporal, según contrato de folios 247 a 251, se dio para desempeñar el cargo de profesional II y atender "la necesidad en la prestación de un servicio derivado de la ejecución de un contrato comercial". Al remitirse la Sala al mencionado documento suscrito el 31 de enero de 2017, se verifica que en el mismo se indica que el objeto del contrato es "Suministrar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones trabajadores en misión con las calidades y los requerimientos específicos exigidos para apoyar la atención de la demanda del servicio que impone el aumento de la producción y desarrollar labores, ocasionales, accidentales o transitorias..." Del documento, se extrae además que se pactó la contratación de 1.789 trabajadores en misión. (f.º 299).

Al igual que Misión Temporal, la empresa Activos S.A.S. suscribió con Colpensiones contratos n.º 007 del 20 de enero de 2014 para el suministro de 880 trabajadores; n.º 042 del 27 de marzo de 2015, para suministrar 1.380 trabajadores en misión y n.º 005 del 28 de enero de 2016 para enviar en misión 1.950 trabajadores. Allí se especifica que el objeto de cada uno de estos contratos era "el suministro de personal en misión con las calidades y los requerimientos específicos exigidos por la misma, para reemplazar personal en vacaciones, en licencia por solicitud propia, incapacidad por enfermedad, licencia de maternidad, o para atender el incremento en la prestación del servicio, o cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias, en jornada de tiempo completo, por turnos de ser necesario y de manera exclusiva, en las dependencias de Colpensiones." (f.º 128, 158, 202, cuaderno contestación Activos S.A.S.).

Con el mismo objeto, Coltempora S.A., suscribió contratos de trabajadores en misión n.º 053 del 24 de junio de 2014 (f.º 390 a 408) y n.º 119 del 9 de diciembre de 2014 (f.º 416 a 427).

Conviene precisar, que tal como lo confesó el representante legal de ACTIVOS S.A., la contratación de trabajadores en misión fue en aras de

dar cumplimiento a las diferentes ordenes proferidas por la Corte Constitucional (auto 110 de 2013) relativo a que Colpensiones adoptara las medidas necesarias para asegurar que el presupuesto, el personal y la infraestructura de la entidad sean suficientes para cumplir el plan de acción para corregir el atraso estructural del Régimen de Prima Media, y las metas fijadas a 31 de diciembre de 2013.

Así mismo, se advierte que la Corte Constitucional en varias sentencias respecto del estado de cosa inconstitucional en la transición del administrador del régimen de prima media con prestación definida, por el paso del Instituto de Seguros Sociales – I.S.S. a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, evidenció *“la presencia de un conjunto de obstáculos materiales y administrativos que impiden el cumplimiento de los términos dispuestos por el ordenamiento jurídico para la resolución de las peticiones pensionales y el acatamiento de las órdenes dictadas por los jueces de la República”*. De modo que, dicho incremento en la producción justificó la contratación en la entidad, de personal mediante empresas temporales de servicios (Autos 320 y 110 de 2013).

Particularmente, en el auto 320 de 2013 se ordenó al presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones o quien haga sus veces, que tomara entre algunas medidas, específicamente, la tendiente a *“vii) asegurar que el presupuesto, el personal y la infraestructura de la entidad sean suficientes para cumplir las metas propuestas a 28 de marzo de 2014 y 31 de julio del mismo año, así como los fines constitucionales relacionados en el párrafo 127 de esta providencia”*.

Es decir que, en virtud de la orden constitucional Colpensiones debió iniciar la contratación de personal en misión, así se desprende igualmente del objeto de los contratos suscritos entre el demandante y las temporales, en el que se indicó el aumento de la producción.

Y si bien, la labor que ejerció la actora se hizo de manera permanente para Colpensiones, como lo narran los testigos, ello ocurrió en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados por

Colpensiones con Activos S.A.S., y Coltempora S.A., y Misión Temporal y los contratos de trabajo celebrados entre la demandante y las Empresas de Servicios Temporales, en los que estas últimas delegaron la subordinación a la empresa usuaria Colpensiones.

Facultad de subordinación que podía ejercer Colpensiones frente a los trabajadores que habían sido enviados en misión a desempeñar funciones en sus dependencias, pues dicha facultad cumple anotar, no se ejercía por derecho propio sino en virtud de la delegación o representación de las empresas de servicios temporales, así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 9435 de 24 de abril de 1997.

Las consideraciones hasta aquí expuestas, conducen a la Sala a concluir que: **i)** la contratación de la demandante tuvo por objeto atender el aumento de la producción generado a partir de las medidas temporales ordenadas por la Corte Constitucional en virtud del represamiento de solicitudes de reconocimiento pensional que dejó la administración del régimen de prima media con prestación definida, llevada a cabo por el extinto ISS; **ii)** la actora ejecutó labores de sustanciación de actos administrativos, las cuales no eran precisamente iguales a las que ocupaban los empleados de plan; **iii)** tanto Activos S.A. como Coltempora S.A. y Misión Temporal, eran quienes efectuaban los pagos de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social al demandante en cada uno de los contratos que se suscribieron entre las partes (f.º255 a 261, 443 a 466 y 502 a 505 cuaderno principal y 80 a 82, 84 a 92 cuaderno contestación activos). **iv.** la promotora del juicio laboró por término inferior al plazo máximo de duración dispuesto en las normas que regulan la materia, como se ve a continuación:

Empresa Empleadora	Fecha ingreso	Fecha retiro	Duración	Folio
Activos S.A.	28/03/2014	25/06/2014	89 días	32
Coltempora S.A.	26/06/2014	10/12/2014	167 días	33

Coltempora	11/12/2014	31/03/2015	110 días	34
Activos S.A.	01/04/2015	30/01/2016	304 días	35
Activos S.A.	01/02/2016	31/01/2017	304 días	36
Misión Temporal	01/02/2017	19/01/2018	352 días	37

v) Aunque Colpensiones, suscribió diferentes contratos de suministro de trabajadores en misión que en apariencia tenían el mismo objeto contractual, no se puede perder de vista dicha provisión de personal atendía a factores relacionados con el perfil, calidades, dependencias y ciudades donde se requirieran los servicios; **vi)** no probó la parte actora que durante la ejecución de los referidos convenios, las condiciones antes mencionadas se hayan requerido de manera igual para cada uno de ellos, pues conforme al dicho de los testigos y a lo confesado por la misma demandante se desempeñó atendiendo diferentes tipos de trámites en horarios y turnos distintos.

En consecuencia, las funciones ejecutadas por la demandante pueden ser clasificadas como ocasionales, accidentales o transitorias. Pues se encuentra probado que Colpensiones la vinculó para atender el incremento de la prestación del servicio originado en las órdenes impartidas por la Corte Constitucional para hacer frente al atraso que tenía el extinto Instituto de Seguros Sociales en la respuesta y atención de solicitudes a los usuarios y que requería aumentar en forma temporal su fuerza de trabajo para atender un incremento de las variables operativas y administrativas antes mencionadas (CSJ SL16404-2014).

Así las cosas, la Sala revocará la sentencia analizada, por cuanto no es viable vincular a la demandante de manera directa a Colpensiones, pues no ejecutó labores de carácter permanente como lo sostuvo el *a quo*.

Por las resultas de la consulta, la Sala se releva de atender los argumentos de apelación de la parte demandante relacionados con la nivelación salarial de la remuneración a la de Profesional Master Grado 08.

Sin costas en el grado de jurisdicción, ni en la apelación ante su no causación.

ANGELA LUCIA MURILLO VARON

## VI. DECISIÓN

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

### RESUELVE

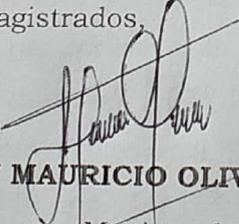
**PRIMERO: REVOCAR** el numeral primero de la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por Yady Alexandra Díaz Pineda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia analizada.

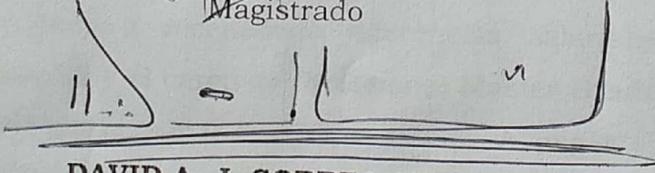
**TERCERO:** Sin COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta, ni en la apelación.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado

*Ángela Lucía Murillo Varón*  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 009 2017 00786 01  
**DEMANDANTE:** MARTHA ELENA RICARDO RODRÍGUEZ  
**DEMANDADO:** COBRE Y BRONCES S.A.S. IMPORTACIONES Y REPRESENTACIONES.

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

### **SENTENCIA**

Estudia la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de noviembre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 28 de mayo de 1978 al 30 de agosto de 1990. Así mismo, la sustitución patronal entre Jorge Enrique Salamanca Salamanca como propietario del establecimiento de comercio Importaciones y Representaciones Jorge E Salamanca a los empleadores: Cobre y Bronce Ltda Importaciones y Representaciones; Cobre y Bronce Importaciones y Representaciones S en C y final y actualmente a Cobre y Bronce S.A.S. Importaciones y Representaciones. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 5 de enero de 2014 o desde la fecha que resulte probada, a razón de 14 mesadas al año, junto con los intereses moratorios, la indexación correspondiente y las costas del proceso

En respaldo de sus pretensiones, narró que Jorge Enrique Salamanca Salamanca la vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido el 28 de mayo de 1978, para desempeñarse como secretaria del establecimiento de comercio de propiedad del empleador denominado Importaciones y Representaciones Jorge E Salamanca S., el cual finalizó y fue liquidado el 30 de agosto de 1990.

Que posteriormente fue vinculada mediante contratos de trabajo a término fijo para los lapsos comprendidos entre el 1º de septiembre de 1990 hasta el 22 de diciembre de 1991 y, desde el 7 de febrero al 1º de marzo de 1992. Que laboró para la demandada por espacio aproximado de 13 años y 11 meses, devengando como último salario \$140.000. Adujo que el empleador tan solo realizó aportes para el sistema de pensiones entre el 5 de septiembre de 1990 y el 6 de abril de 1992, con omisión de los pagos correspondientes para los periodos comprendidos entre el 28 de mayo de 1978 y el 30 de agosto de 1990.

Señaló que, a partir del 28 de febrero de 1992 el empleador transformó el establecimiento de comercio de su propiedad en la Sociedad Cobre y Bronce Limitada Importaciones y Representaciones, la cual se transformó en el 2007 en la sociedad Cobre y Bronce Importaciones y Representaciones S en C. Que el 19 de diciembre de 2014 la empresa se convirtió en Cobre y Bronce S.A.S. Importaciones y Representaciones.

Manifestó que en varias oportunidades solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de los aportes o el reconocimiento de la pensión de vejez, el cual hizo caso omiso. Precisó que la pensión de vejez le fue negada por la falta de cotización del empleador (f.º 26 a 31 subsanación).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó lo relacionados con la renuncia presentada por la demandante el 1º de abril de 1980, la vinculación existente entre el 1º de septiembre de 1990 y el 22 de diciembre de 1991, pero mediante contrato de trabajo a término fijo, en virtud del cual la demandante devengó como último salario \$140.000, aceptó además el

periodo durante el cual se realizaron aportes a la trabajadora y las transformaciones sufridas por la empresa. Respecto de los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle. Señaló que los hechos sucedieron hace más de 40 años y que no tiene archivos.

En su defensa, propuso la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva y las de mérito de inexistencia de sustitución de patronos, la inexistencia de las obligaciones demandadas, la falsedad ideológica e inexistencia del contrato verbal a término indefinido comprendido entre el 28 de mayo de 1978 y el 30 de agosto de 1990 (f.º 47 a 58).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de noviembre de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra. Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva e impuso costas a cargo de la parte actora (f.º 72).

En sustento de su decisión, encontró que la parte actora no logró acreditar los elementos constitutivos de la sustitución patronal, tampoco pudo demostrar que entre el 28 de mayo de 1978 y el 30 de agosto de 1990, hubiera prestado sus servicios a Jorge Salamanca. Respecto de la pensión de vejez consideró que no se configuró el derecho a la misma, al igual que la pensión sanción, al no demostrarse la prestación del servicio por un periodo igual a 15 años.

## **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al argumentar que demostró todos los elementos de la sustitución patronal, pues se probó la continuidad de la prestación del servicio y la identidad de objeto.

Expuso que con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio y con el interrogatorio de parte absuelto por la accionante, se logró acreditar que Jorge Salamanca fue quien tuvo la idea de crear una empresa con el objeto de importar materia prima para la industria colombiana, primero a través de establecimiento de comercio, hacia los años 70 y 80, luego, gracias a la calidad de los productos pudo abrir nuevos negocios en el país y se transformó en Cobre y Bronce Ltda Importaciones y Representaciones y le dio participación a los familiares.

Arguyó que, si bien en la actualidad Jorge Salamanca no figura en el certificado de existencia y representación legal, sí está en los contratos de trabajo, así como en las liquidaciones finales para el año 1990, cuando ya existía Cobre y Bronce Limitada Importaciones y Representaciones, por lo que no es posible desconocer la relación de Jorge Salamanca con la demandada. Preciso que Jorge Salamanca fungió como jefe y fueron aportados documentos en que actuó como patrono.

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

#### IV. CONSIDERACIONES

Ante lo confuso del recurso de apelación, colige la Sala que su inconformidad radica en que demostró que Jorge Salamanca fue su empleador y se estructuran los elementos de la sustitución patronal, para poner en evidencia que Jorge Salamanca es el mismo empleador que la actual Cobre y Bronce S.A.S Importaciones y Representaciones, por tanto, éste último es el llamado a reconocer la **pensión de vejez** al omitirse el pago de aportes a pensiones en el periodo comprendido entre el 28 de mayo de 1978 y el 30 de agosto de 1990.

Pues bien, frente a la sustitución patronal dispone el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, que:

*“Art. 67.- Definición. Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad de establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”.*

En el presente caso, allega el demandante el certificado emitido el 14 de agosto de 2001, suscrito por Jorge E. Salamanca S. en papel con membrete de Cobre y Bronce Ltda Importaciones y Representaciones, según el cual la promotora del juicio laboró en dicha empresa como secretaria de gerencia desde el 28 de mayo de 1978 hasta el 30 de abril de 1992, data en que se produjo el retiro voluntario (f.º 14). Documento que no fue tachado, ni desconocido por la demandada, el cual estaba facultada por haberse suscrito por el Gerente, quien en razón de su cargo puede generar obligaciones y porque según certificado de existencia y representación de folios 2 a 4, esta persona jurídica cambió su nombre a Cobre y Bronce Importaciones y Representaciones S en C en el año 2007 y luego a Cobre y Bronce Importaciones y Representaciones S.A.S.

Con base en el certificado anterior, se demuestra que efectivamente se produjo un cambio de empleador, pues se certifica la prestación del servicio desde el año 1978, no obstante, Cobre y Bronce Limitada Importaciones y Representaciones sólo fue creada en el año 1992 y cambió su nombre con posterioridad en dos ocasiones. Conviene precisar que el cambio de un empleador por otro puede ser por cualquier causa: venta, arrendamiento, cambio o razón social, etc., además se puede materializar de una persona natural por otra natural o jurídica o, de una persona por otra jurídica o natural.

Frente a la continuidad de la empresa o establecimiento, este requisito hace referencia a lo esencial de las actividades que venía desarrollando la empresa o el empleador cuando se da el fenómeno de la sustitución patronal. Situación que no fue demostrada en el presente asunto, pues aunque en la apelación se alega que es un hecho notorio que fue Jorge Salamanca Salamanca quien inicia la importación de materiales como el bronce en el país, ello no queda demostrado por ningún medio.

Además, si bien el testigo Rafael Callejas Baquero dijo que empezó a trabajar en 1989 con Jorge Salamanca Importaciones y Representaciones, luego pasó a Cobre y Bronce Ltda, y refirió a que su empleador le presentó a la demandante y le dijo que llevaba laborando con él 11 años, no manifestó ni expuso a que actividades se dedicaba cada empleador y esta es una cuestión sustancial que no puede en manera alguna ser presumida por la Sala.

En cuanto a la continuidad del trabajador, esto es la permanencia en la empresa, con la consecuente prestación de los mismos servicios al nuevo empleador. En el caso de autos se demostró con la certificación aportada por la parte actora y no objetada por la demandada.

En este orden de ideas no estaría probada la sustitución patronal, por la parte demandante, al faltar la prueba de unos de los elementos que lo estructuran, como lo es, la continuidad del establecimiento o negocio.

Con todo, se precisa que los argumentos de apelación en manera alguna conducen al Tribunal a modificar la decisión absolutoria de primera instancia, dado que la parte accionante persigue el reconocimiento de una pensión a cargo del empleador al haber omitido el pago de los aportes a Colpensiones, lo cual resulta inviable por las razones que se pasan a exponer.

Conforme al reporte de folio 15, se evidencia que el empleador "SALAMANCA SALAMANCA" afilió a la demandante y realizó aportes a partir del 5 de septiembre de 1990 hasta el 6 de abril de 1992, por ello, de tenerse por probado el vínculo laboral entre el 28 de mayo de 1978 y el 30 de agosto de 1990, se concluiría una negligencia de reporte de existencia de contrato ante el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones por parte del empleador, de lo que se sigue una omisión de afiliación oportuna.

Sobre el particular, es importante referir la diferencia existente en los eventos de no afiliación con los casos en que se materializa la mora por no pago de aportes. Al respecto, la jurisprudencia ha distinguido dos

soluciones posibles que no coinciden con el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del empleador, a saber: i) pago de aportes en mora para aquellos eventos en los que los empleadores incumplen su obligación de cancelar oportunamente las cotizaciones a sus trabajadores, previo reporte oportuno de la vinculación de su empleado. ii) Por otro lado, el pago del cálculo actuarial cuando los patronos que omitieron notificar a la administradora de pensiones de la existencia del vínculo laboral en un periodo determinado.

En relación con el asunto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL14388-2015, precisó que:

*“Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores. Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro*

*(...)*

*Con fundamento en dichas normas y, se repite, en los principios que definen y orientan el sistema integral de seguridad social, la Corte ha precisado su jurisprudencia, para adoctrinar que las variadas problemáticas generadas a raíz de la falta de afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho, deben encontrar una solución común, que no es otra que el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, por parte de la entidad de seguridad social respectiva, **con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora.**”*

La Sala acota en este punto, que las pretensiones de la demanda están encaminadas exclusivamente reconocimiento de la pensión a cargo de la demandada. Circunstancia que impide emitir alguna orden en cabeza del empleador, en atención a que las facultades ultra y extra *petita*

previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, son exclusivas del Juez Municipal de Pequeñas Causas y del Juez Laboral del Circuito, quienes tramitan procesos de única y primera instancia, y no respecto del juez de segundo grado, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, pues recuérdese que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda y, además no puede sorprenderse a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, esta Colegiatura no puede condenar a la demandada Cobre y Bronce S.A.S Importaciones y Representaciones a pagar cálculo actuarial en favor del demandante, pues esta no fue una pretensión de la demanda.

Bastan los anteriores razonamientos, para confirmar la sentencia absolutoria apelada, pero por las razones expuestas en precedencia.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de noviembre de 2019 pero por las razones aquí expuestas.

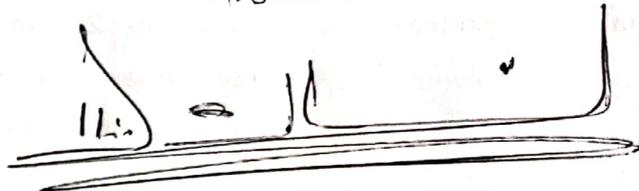
**SEGUNDO: Sin COSTAS** en la apelación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 15 2017 00519 01  
**DEMANDANTE:** ALEXANDER RODRÍGUEZ SOTO  
**DEMANDADO:** BAVARIA S.A.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad, el 25 de septiembre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir el 1° de abril de 2008. En consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarlo al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido u otro de superior categoría, a pagarle los salarios, las prestaciones sociales y vacaciones dejadas cancelar, así como los aportes a seguridad social y beneficios señalados en el pacto colectivo causados desde el despido hasta el momento del reintegro, más la sanción moratoria por la demora en el pago de la liquidación definitiva y las costas procesales.

Subsidiariamente, se condene a la demandada a la indemnización por despido injustificado prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo y de resultar más favorable la establecida en el pacto colectivo vigente en Bavaria S.A.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1º de abril de 2008 se vinculó a la demandada para desempeñar el cargo de comprador y ocupó como último cargo el de Spot Buy Profesional. Como remuneración del primer cargo recibió \$5.926.000 más beneficios económicos señalados en el pacto colectivo y el 31 de marzo de 2016, fue citado a rendir descargos, endilgándole como presuntas faltas un supuesto favorecimiento a las empresas CONSELEC, PROELCO, DISICO e INTELIN, por una modificación en SAP al precio de un ítem por solicitud de CONCELEC, evitándole un aviso de calidad. Además, se le endilgó una presunta omisión de reporte de conflicto de intereses sobre su condición de representante legal de la Sociedad Metálicas Alejandra, empresa constituida en el año 2012. Que en la diligencia no se le permitió estar acompañado por dos compañeros, ni controvertir las pruebas de las presuntas faltas. Señala que no tenía a su cargo seleccionar los proveedores de la demandada, tampoco era el encargado de hacer los requerimientos de los materiales a comprar, atendía los requerimientos de los ingenieros de la empresa, pero no definía el tiempo de entrega, tampoco la calidad de los requerimientos.

Refirió que el 5 de abril de 2016, la demandada le terminó el contrato, en la comunicación correspondiente le manifestó que había trasgredido el literal A numeral 6 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, pero no le entregó inmediatamente la liquidación (f.º 1 a 13).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones salvo la relacionada con la declaratoria de existencia del contrato de trabajo. Señaló que el demandante incurrió en faltas graves al reglamento interno de trabajo y el Código de ética de la compañía, pues compartió información de unos clientes de lo cual se podía deducir que lo hizo para favorecer a otras empresas clientes de Bavaria S.A., de las que curiosamente siempre aparece como representante Enrique Enciso.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, compensación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y despido con justa causa (f.º 105 a 110).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 25 de septiembre de 2019, condenó a la demanda a pagar la suma de \$33.778.199 por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo y la absolvió de las demás pretensiones. Ordenó las costas a la demandada.

En sustento de su decisión, indicó que respecto de una de las causales invocadas no operó la inmediatez en la decisión de finalizar el contrato, respecto de las demás concluyó que no pudieron ser verificadas como quiera que la demanda no aportó las normas de carácter particular como el reglamento interno de trabajo y el Código de Ética. Concluyó que ante la no procedencia del reintegro el accionante tenía derecho al reconocimiento de la indemnización por despido injustificado.

## III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

**La parte demandante** argumentó que la empresa debe ser condenada a pagar sanción moratoria, pues si bien es cierto acepta que le fue pagada la liquidación, no se probó que día recibió el desembolso. Señaló que se requirió a la empresa para que entregara copia de la liquidación, la cual ni siquiera fue allegada al proceso pese a haber sido requerida por el juzgado. De otra parte, advierte en cuanto al monto de la indemnización, se ha debido aplicar la cláusula 14 del pacto colectivo por serle más favorable

Por su parte, **la demandada** arguyó que el juzgado analizó de manera relativa el contenido de la carta de despido, por lo que concluyó que no cumplió con la carga de la prueba de demostrar las causas que invocó. Señaló que si bien se trata de hechos del 2012 y el despido se produjo en el año 2016, el despacho no tuvo en cuenta la diligencia de descargos que se celebró el 31 de marzo de 2016, tampoco el contenido del

acta respectiva que no fue tachada o desconocida por la parte actora y de la cual se extrae lo que se debatía y que no se trata solamente de hechos endilgados en la carta de despidos, sino de una sucesión de hechos acaecidos en los años 2012, 2014 y 2016, verificándose que en literal D. de la carta de despido se habla de un correo electrónico de 2016.

Alegó que, si bien el demandante no firmó el recibido de la carta de terminación del contrato, confesó en el proceso que, si recibió el documento y este analizado en conjunto con la diligencia de descargos, el informe de auditoría y los correos electrónicos, acreditan que si hubo una justa causa para que Bavaria S.A. terminara la relación laboral. Preciso que el reporte del comité de ética se constituye en la denuncia contra el demandante, fundada en un informe de auditoría interna, según el cual se evidencia favorecimiento y falta de transparencia en el proceso de compras y contrataciones por parte del demandante con las empresas CONSELEC, PROELCO y SICO y se establecen una serie de mensajes enviados por el demandante al señor Enrique Enciso, a quien finalmente fueron asignados los contratos. Así las cosas, con dicho informe se acreditan las faltas que desde el año 2012 y cometía el demandante y se acredita que el comprador incumplió con los procesos de la compañía.

Al punto señaló que el informe de auditoría data del 14 de marzo de 2016 y la jurisprudencia ha determinado que cuando se hace una investigación interna no se puede tener como hecho el que dé lugar a la misma, sino que esta tiene unos pasos, unos requisitos que debe cumplir hasta cuando se profiera la decisión donde se establezca si el trabajador incurrió o no en faltas. Así las cosas, no es correcto concluir que se violó el principio de la inmediatez, pues posterior a la investigación se cita a descargos y de manera inmediata se termina el contrato.

Arguyó que existe contradicciones por parte del demandante entre lo manifestado en la diligencia de descargos y lo que vino a decir al proceso. Además, se dejó de lado que conforme al pacto colectivo el trabajador podía interponer recurso de apelación ante la Gerencia de Recursos Generales dentro de los dos días siguientes al recibo de la comunicación,

sin embargo, no lo hizo y el juzgado omitió tomar en consideración este hecho y solo hasta el año 2017, interpuso la presente demanda.

Argumentó que así no obre en el proceso el reglamento interno, ni el código de ética, estas no son las únicas normas que fundamentan el despido con justa causa, pues debe aplicarse lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del Código Sustantivo de Trabajo.

Finalmente, expuso que los argumentos de apelación de la parte demandante versan sobre hechos nuevos que no fueron objeto de debate en el proceso, en relación con la cláusula del pacto colectivo invocada y que la sanción moratoria no está llamada a prosperar porque no procede sobre la indemnización por despido injusto. En todo caso, el demandante confesó haber recibido la liquidación final de prestaciones sociales.

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

#### **IV. CONSIDERACIONES**

##### **1. Del recurso de apelación de la parte demandada**

Por razones de método, comienza la Sala por atender el recurso de apelación interpuesto por la demandada en cuanto señala que demostró las justas causas para dar por terminado el contrato, las cuales devienen no sólo del reglamento de trabajo sino de lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del Código Sustantivo de Trabajo. Además, que debe tomarse en consideración que la decisión de terminar el contrato se dio una vez la empresa se enteró de las conductas desplegadas por el trabajador y no puede pasarse por alto que este se negó a firmar el acta de descargos, así como la carta de finalización del contrato y que incurrió en contradicciones entre lo que manifestó en los descargos y lo que vino a decir en el interrogatorio de parte.

Para dilucidar el asunto, se precisa que no es materia de discusión en esta instancia que el demandante estuvo vinculado laboralmente a Bavaria S.A. a partir del 1º de abril de 2008 hasta el 5 de abril de 2016, cuando la demanda decidió poner fin al vínculo de manera unilateral, pues así fue aceptado desde la contestación de la demanda.

Pues bien, en reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (SL284-2018). Al respecto, encuentra el Tribunal que la demandada mediante comunicación de 5 de abril de 2016 (f.º 25 a 27), informa al demandante su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, indicándole que:

*“Fundamentalmente y motivan esta determinación, los hechos que a continuación se relacionan:*

- a) *Favorecimiento y falta de transparencia en el proceso de compras y contrataciones con las Empresas Conselec, Proelco, Disico e Intelin, toda vez que habría compartido información confidencial relacionada con procesos licitatorios adelantados por la Compañía (les habría remitido vía correo electrónico peticiones de oferta realizadas por otras Empresas en licitaciones en las cuales estaban participando), y también se observa en la mayoría de los casos una relación con el señor Enrique Enciso en su condición de representante legal o ventas de dichas sociedades.*
- b) *Modificación en SAP por solicitud expresa de CONSELEC (representada legalmente por el señor Enrique Enciso) conforme consta en correos electrónicos, fechados del 2 y 3 de marzo de 2012, la fecha de entrega de petición de oferta No. 6000996796 del 2 de marzo al 7 de marzo de 2012, otorgando esta concesión únicamente a dicho proveedor en detrimento al derecho a la igualdad que le asistía a los demás oferentes.*
- c) *Modificación en SAP del precio de un ítem en un contrato marco a solicitud del proveedor PROELCO (representada legalmente por el señor Enrique Enciso) conforme consta en correo electrónico del 28 de octubre de 2014, lo cual va en contravía de lo establecido en el procedimiento de compras, el cual dispone en el precio fijado en un contrato marco debe permanecer fijo durante toda la vigencia del contrato.*
- d) *Modificación de la fecha de entrega en el pedido No. 4500475788 a solicitud de CONSELEC S.A.S. (representada legalmente por el señor Enrique Enciso), evitándole un aviso e calidad conforme consta en correo electrónico del 26 de abril de 2016.*
- e) *No reportar a la empresa su condición de representante legal de la sociedad Metálicas Alejandría, la cual fue constituida en el año 2012.*

*Con las conductas descritas se planteó la presunta trasgresión de los artículos 53 literales d, e y p, 57 numeral 1 y 2; 59 numeral 15 y 64 numerales 4, 21 y 24 así como el Código de Ética particularmente relacionados con el contexto, propósito, alcance, principios y conflictos de*

interés sobre el cual recibieron capacitación y fueron debidamente informados nuestros trabajadores en los meses de noviembre y diciembre de 2014 y la política de compras (numeral 2.6.1) particularmente en lo relacionado con el cuidado y consideración que se exige en el manejo de la información privilegiada y confidencial expresamente en tanto se prohíbe compartir información confidencial y se imparte la obligación expresa de realizar las actividades comerciales de manera justa y ética" (Subraya fuera del texto)

Conforme a lo anterior, se advierte que la demandada Bavaria S.A. termina el contrato de trabajo con el demandante debido a "la presunta" trasgresión del Código de ética, de la Política de Compras y de lo previsto en los artículos 53 literales d, e y p, 57 numeral 1 y 2; 59 numeral 15 y 64 numerales 4, 21 y 24, pero no indica de qué cuerpo normativo.

A efectos de validar la justeza del despido, esta Colegiatura se remite a las normas invocadas por la parte accionante, esto es, el Código de Ética y la Política de Compras, pues se desconoce a qué norma pertenecen los demás artículos citados en la misiva de despido. No obstante, revisado el expediente, evidencia la Sala que dichas normas de carácter particular que al parecer gobernaron la relación laboral no fueron aportadas por la demandada, por lo que no se cuenta con las piezas procesales para analizar la conducta del demandante y de otra parte, la determinación tomada por el empleador frente a las mismas.

Tampoco es válido que la demandada pretenda ahora hacer ver que las conductas desplegadas por el actor, se encuentran enmarcadas en lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del Código Sustantivo de Trabajo, pues la carta expresamente señala conductas que trasgreden normas específicas internas de la compañía, por lo que no es posible equiparar estos dos eventos.

Para dar mayor claridad a lo señalado, vale traer a colación lo señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación n.º 38855 de 28 de agosto de 2012, rememorada SL 5474-2019, que indica:

*“Es indudable que en el numeral 6º del aparte a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.*

*En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación.*

*[...]*

*En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo.*

*[...]*

*Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.”*

En el mismo sentido recuérdese que, el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, contiene una obligación referente a 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»*. (Negrilla fuera del texto). Tal deber tiene, dos propósitos fundamentales, por un lado, garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y, por otra, impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo *a posteriori*, para evitar indemnizarlos.

En ese contexto, no es de recibo el argumento según el cual el demandante aceptó la comisión de las conductas en la diligencia de descargos, pues leída la misma, si bien se reconoce la ocurrencia de algunas situaciones, las mismas son explicadas por el trabajador (f.º 28 a

35), en todo caso, este documento pese a haber sido allegado por la parte accionante, carece de su firma, tanto del señor Alexander Rodríguez Soto como de los testigos y, si bien al absolver interrogatorio de parte el promotor del juicio describió las situaciones por las que fue llamado a rendir descargos, lo cierto es que no le fue puesto de presente este documento, por lo que no pudo reconocer su contenido.

En gracia de discusión, de conformidad con el Pacto Colectivo vigente en la empresa para el momento del despido, cuando un trabajador no asista a la diligencia de descargos sin razón justificada se entenderá que acepta los cargos. También dispone la norma que *“de los descargos presentados deberá elaborarse la correspondiente acta la cual deberá ser suscrita por los asistentes a dicha diligencia. Si el trabajador se niega a firmar el acta, se dejará constancia de ello, se suscribirá por parte de los testigos este hecho y se entenderá que acepta los cargos a él imputados”*; Sin embargo, en el presente asunto tanto el acta aportada con la demanda como con la contestación, carecen de cualquier anotación en el sentido señalado en el Pacto Colectivo (f.º 28 a 35 y 129 a 136).

Con todo, si se tuvieren por aceptadas las conductas endilgadas, ello de suyo no eximiría a la Sala de analizar contra el reglamento interno de trabajo el Código de Ética y la Política de Compras, a efectos de determinar si las conductas desplegadas y eventualmente aceptadas por el entonces trabajador, se enmarcaban en una falta grave prevista en estas normas de carácter particular que ameritara la terminación del vínculo laboral. Pero como ya se indicó, ninguno de estos documentos fue aportado.

Ocurre lo mismo con el hecho según el cual el demandante no hubiese querido la firma de la carta de despido o que no hubiese interpuesto recurso de apelación contra el acto del despido, tal como se lo permitía el Pacto Colectivo 2013 - 2015, pues estas circunstancias en nada prueban la ocurrencia de las justas causas invocadas y aún menos, suplen la carga que tenía la demandada de traer al proceso los medios probatorios idóneos que acreditaran la justeza del despido. Conviene señalar aquí, que el cruce de correos puede indicar también la ocurrencia de ciertos hechos, pero

igualmente la gravedad de los mismos debía probarse con los documentos que extraña el Tribunal.

Las anteriores consideraciones, conducen la Sala a confirmar la sentencia apelada, pues la demandada no logró demostrar las justas causas que invocó para finalizar la relación laboral.

## **2. Del recurso de apelación de la parte demandante**

### **2.1 De la sanción moratoria**

Argumenta que se debe imponer condena por concepto de sanción moratoria, pues pese a que acepta le fue pagada la liquidación, no se prueba que día recibió el desembolso y pese a que Bavaria S.A. fue requerida en el proceso para aportar el soporte correspondiente no lo hizo.

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

En el asunto que ocupa la atención, al absolver interrogatorio de parte al demandante se le cuestionó si a la finalización de la relación con Bavaria S.A., se le pagó su liquidación final de prestaciones sociales, a lo que contestó:

*“Si es cierto, me dieron en su momento una liquidación con 0 pesos, tenía deudas, nunca se me entregó dinero todo se fue en un crédito que tenía y fue descontado pero a mí nunca me entregaron dinero”*

Como se verifica, el promotor del juicio acepta que la demandada le cancela la liquidación final de prestaciones sociales y reconoce que el dinero fue destinado a cubrir un crédito que tenía, sin mencionar si quiera

que el pago fue tardío, o que debió incurrir en gastos adicionales por la demora de quien fuera su empleador. En consecuencia, no puede valerse ahora de un acto de meramente formal como era la entrega del documento para perseguir el reconocimiento de la sanción moratoria. En gracia de discusión, del dicho del testigo podría incluso colegirse que la demandada le hizo entrega, pues manifestó *"me dieron una liquidación con 0 pesos"*.

Con todo, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 59 A *"Plan especial para financiación a trabajadores;"* ante la desvinculación del trabajador por cualquier causa distinta al reconocimiento de la pensión de vejez, el del préstamo otorgado se hará inmediatamente exigible pudiéndose deducir o compensar de los salarios, prestaciones y demás derechos que le deba reconocer la empresa (f.º 202)

En consecuencia, no hay lugar a modificar la decisión de primera instancia en este punto.

## **2.2. De la determinación de la indemnización por despido injustificado.**

De otro lado, discute que para determinar el monto de la indemnización por despido injustificado ha debido darse aplicación a la cláusula 14 del pacto colectivo por resultarle más favorable.

Sobre el particular, sea lo primero señalar para despejar cualquier duda que desde la demanda al formular la pretensión subsidiaria, se solicitó el reconocimiento de la indemnización por despido injustificado así: *"señalada en el artículo 64 del C.S.T., y der más favorable al establecida en el pacto colectivo vigente en la empresa Bavaria S.A., condenar a la demanda a pagar la indemnización allí señalada"* (f.º 3).

Definido lo anterior, advierte la Sala que a solicitud del promotor del juicio la demanda aportó al proceso Pacto Colectivo de los Trabajadores De Bavaria S.A. y Cervecería del Valle S.A. vigente para los años 2013 – 2015,

con su respectiva constancia de depósito ante el Ministerio del Trabajo, según puede verificarse a folios 171 a 210.

Revisado el Pacto Colectivo, no se acredita que las partes hayan acordado el pago de una indemnización por despido injustificado. Es más, la única referencia que se hace al reconocimiento de algún tipo de auxilio a los trabajadores que se retiren, está prevista en la cláusula 14, pero exclusivamente para aquellos eventos en que se produzca *“cierre de total o parcial de alguna o algunas de sus fábricas filiales o dependencia o reducción de personal”*, circunstancias que no se configuran en el asunto bajo examen. En consecuencia, en este punto no hay lugar a modificar la condena impuesta, como quiera que la parte demandante no cumplió la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso.

De conformidad con las anteriores consideraciones, atendidos los argumentos de apelación expuestos por las partes, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de septiembre de 2019.

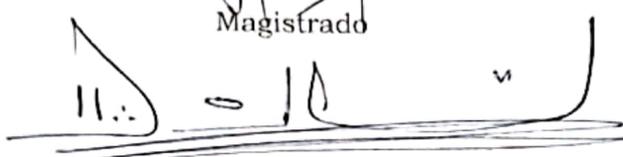
**SEGUNDO:** Sin COSTAS en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 015 2018 00548 01  
**DEMANDANTE:** JENNIFER SOTO MORENO  
**DEMANDADO:** ROSA YOHANA RAMÍREZ POSADA.

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

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de septiembre de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con Rosa Yohana Posada Ramírez en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio "ZONA ROSA CITY", a partir de 26 de enero al 8 de mayo de 2016, el cual terminó sin justa causa motivada. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar las prestaciones sociales, las vacaciones, el auxilio de transporte, la indemnización por despido injusto, la indemnización de que trata el artículo 2° de la Ley 1468 de 2011, la sanción por falta de pago oportuno de las prestaciones sociales, la licencia de maternidad, la indexación, los aportes al sistema de seguridad social y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios en favor de Rosa Yohana Ramírez Posada, en el establecimiento de comercio de su propiedad de nombre "ZONA ROSA CITY" ubicado en la carrera 58 n.° 137A

- 16, desde el 26 de enero al 8 de mayo de 2016, periodo durante el cual devengó \$23.000 y un promedio de comisión de \$8.000, diarios de lunes a viernes, los fines de semana la suma de \$28.000 con un promedio de comisión de \$8.0000, lo equivale a sueldo mensual de \$737.171. Señala que debido a su estado de embarazo y las constantes incapacidades médicas la demandada por intermedio del señor Nicolás Urbano, decidió dar por terminado el contrato de trabajo de manera injustificada. Que la accionada fue citada a la Inspección del Trabajo con el fin de que pagara las prestaciones sociales, quien no compareció.

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio, se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente la citación a la Inspección del Trabajo. Frente a los demás, adujo no ser ciertos, dado que nunca existió una relación laboral con la demandante. En su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones, la carencia del derecho reclamado, la inexistencia de la relación laboral, la buena fe y la prescripción (f.º 71 a 75).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que la parte accionante no probó la prestación personal del servicio, por lo que no podía aplicarse la presunción de existencia del contrato de trabajo prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Aduce que se corroboró que la demandante prestó servicios al esposo de la demandada de nombre Nicolas, pues es la misma demandante quien afirma en la demanda que fue el que puso fin al vínculo laboral y era su jefe directo; sumado al hecho que fue Nicolas la persona que realizó un pago por consignación, por tanto, no se acreditó los servicios en favor de la demandada.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, al argumentar que existen pruebas que no ha sido valoradas correctamente. Se debe tener en cuenta la data en que fue realizado el pago por consignación, pues, ello ocurre después de que no se hizo una audiencia durante el proceso. Tampoco se tuvo en cuenta un documento que no tachado de falso ni desvirtuado, en el que la parte demandante refiere específicamente al trabajo personal que realizó en el establecimiento de comercio; así como no puede restársele importancia al hecho de no haberse escuchado a la demandante porque la documental era suficiente, lo que afecta la *"garantía fundamental"*. Igualmente, advierte que los esposos trabajan en un mismo establecimiento de comercio, al punto que el nuevo negocio que montó el cónyuge recibía productos de la misma proveedora, lo cual era para los dos.

Señala que conforme al interrogatorio de parte **sin indicar cuál**, se observa que la demandante era subordinada porque se le decía *"vaya abra y cierre cuando no había quien atendía allá"*. Se duele también una falta de aplicación de las reglas de sana crítica por el hecho de no haber citado como testigo al esposo de la demandada, lo cual constituye una estrategia jurídica par decir que la accionada no era la empleadora.

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

### IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a la Sala determinar la existencia del contrato de trabajo entre la demandante y Rosa Yohana Ramírez Posada, de conformidad con los elementos de prueba aducidos en el recurso de apelación.

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

Igualmente, ha señalado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

En ese horizonte, una vez analizada los medios de prueba aludidos por el actor, esta Colegiatura no observa la prestación de los servicios de la demandante en favor de la persona natural demandada, por consiguiente, ningún error pudo cometer el juez de instancia al momento de señalar que las labores fueron ejecutadas en favor del señor Nicolas y no de su esposa, pues, esta persona fue quien realizó un depósito judicial en favor Jennifer Soto Moreno, tal como el mismo apoderado judicial puso en conocimiento a folio 76 y 77 del plenario, en el que consta el auto del 12 de agosto de 2019, proferido por el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas, en el que

ordena la entrega a la hoy promotora del juicio del depósito judicial por concepto de prestaciones por valor de \$545.149, el cual fuera consignado por Edgar Nicolás Urbano. Aquí conviene señalar que en nada afecta que la consignación se haya efectuado antes o después de la audiencia supuestamente no realizada, dado que ese documento al ser valorado siempre va a arrojar que la persona que hizo el pago por consignación de prestaciones fue Nicolas Urbano.

Ahora esa consignación al ser analizada en conjunto con fundamento en las reglas de la sana crítica y de la experiencia (art. 61 del CPT y SS) con respecto a la testimonial de Astrid Amórtegui Silva y lo narrado en el hecho séptimo de la demanda, según el cual, el señor Nicolas Urbano fue quien terminó el contrato de trabajo, destruyen la tesis sostenida por la demandante consistente en que la prestación de los servicios fue ejecutada en favor de Rosa Yohana Ramírez. En efecto, la declaración de Astrid Amórtegui, proveedora de "muñecos", es enfática en señalar que Nicolas tenía un negocio diferente al de la demandada, a los que surtía productos casi semanalmente, lo que le permitió observar que la prestación de los servicios de Jennifer Soto no los realizaba en favor de la persona natural accionada sino en el establecimiento de comercio de Nicolas.

De otro lado, la documental elaborada por la accionante y que señala es la prueba contundente de los servicios en favor de la demandada (f.º 21 y ss), no es más que una simple invitación a conciliar algunos derechos que cree tener, sin que se avizore de ese instrumento un reconocimiento de las acreencias reclamadas o de la prestación del servicio. Ahora pretender que la narración de algunos hechos en ese escrito son la prueba reina de la ejecución de las labores en beneficio de la persona demandada, es tanto, aceptar que las partes pueden elaborar su propia prueba en beneficio propio. Conviene precisar, que es posible tomar como prueba lo que las partes declaran en su favor, todo a partir del deber que gravita sobre aquéllas de asumir la carga de probar, para así evitar que el proceso se convierta en un espacio de encuentro para simples versiones y no, como debe ser, el escenario para despejar la incertidumbre con los elementos

reconstructivos del pasado que sean legalmente admisibles, máxime si estos se encuentran en posibilidad de ser acopiados.

Paralelamente, ninguna garantía fundamental se verifica vulnerada en este proceso, pues como se observa la parte actora tuvo la oportunidad de pedir y practicar pruebas, así como de controvertir las solicitadas por la contraparte. Finalmente, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido a la demandada, de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que la demandada no admitió que la demandante le presta servicios en su favor, como tampoco existen relatos que la perjudiquen o favorezca, al contrario.

Así las cosas, la Sala no cuenta con elementos de convicción que permitan modificar la decisión absolutoria analizada, por lo que la misma será confirmada.

No se causan costas en esta instancia.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2019, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin COSTAS en esta instancia.

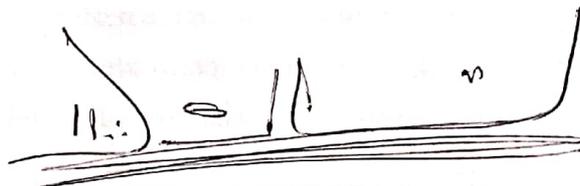
#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 024 2014 00033 02  
**DEMANDANTE:** MÓNICA ANDREA TARAZONA PIRAGUATA  
**DEMANDADO:** TIENDAS DE ROPA VANITY LTDA

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad, el 30 de agosto de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral contra Tienda de Ropa Vanity Ltda, para que se declare que la terminación del contrato laboral por parte de la trabajadora el 23 de octubre de 2013, lo fue por causa imputable al empleador; en consecuencia, se condene al pago de cesantías de los años 2011, 2012 y 2013; los intereses a las cesantías y prima de servicios de los años 2011 y 2012; los salarios dejados de cancelar desde octubre de 2012 a octubre de 2013; la indemnización por despido indirecto del artículo 64 del Código Sustantivo del trabajo; la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo; la sanción por no consignación de las cesantías de 2011 a 2013; los aportes a la seguridad social con el salario real desde la vinculación hasta octubre de 2013, la indexación, las costas y condenas con facultades extra y ultra petita (f.º 5 a 7).

En respaldo de sus pretensiones, narró que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 24 de febrero de 2010 y desempeñó el cargo de asistente de gerencia, con una asignación mensual de \$750.000. Señaló que sus funciones eran básicamente organización de archivo, elaboración de nómina, pago de aportes a seguridad social, mensajería de pagos y obligaciones de la empresa, digitar y facturar pedidos a los clientes mayoristas, verificar y levantar la mercancía para la entrega de dichos pedidos (f.º 3 a 5).

Cuenta que, debido al trabajo de la mercancía empezó a presentar dolores en el hombro derecho y desde mayo de 2010 inició su valoración por la EPS Cafam, quien el 16 de junio de ese año, le diagnosticó síndrome de túnel carpiano, sinovitis tenosinovitis y epicondinitis media, patología que le generó incapacidades médicas, requiriendo de terapias físicas. Manifestó que el 19 de agosto de 2010 presentó reclamación a su empleador para que siguiera asumiendo salarios y prestaciones laborales hasta que la EPS Famisanar resolviera su situación de salud, no obstante, las partes no llegaron a ningún acuerdo.

Expuso, que a partir del 16 de diciembre de 2010 el demandado dejó de pagarle el salario, y simultáneamente, la Eps tampoco le canceló más incapacidades al exceder los 180 días a su cargo. Que el 31 de enero de 2012 da a luz a su menor hija, por lo que instauró acción de tutela, en la que, mediante fallo del 4 de junio de 2012 ordenó a la EPS cancelar las incapacidades desde el 16 de junio de 2010 al 22 de mayo de 2012, sin embargo, la EPS canceló inclusive hasta el mes de septiembre de 2012 y, al empleador, se le ordenó cancelar la licencia de maternidad.

Contó, que tiene pendiente la calificación del origen de la enfermedad, trámite que aduce, ha sido dispendioso porque el empleador no allega la documentación requerida. Señaló que no ha recibido el pago de las incapacidades desde octubre de 2012 a 2013; que el empleador no le canceló las prestaciones sociales de los años 2011 a 2012; lo que constituye una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el relativo al contrato de trabajo, el extremo inicial, el inicio de la atención médica en mayo de 2010, el síndrome del túnel carpiano y la fecha de su diagnóstico, las incapacidades, la remisión a valoración laboral en agosto de 2010, el acta de no conciliación de noviembre de 2010, el no pago de incapacidades por Famisanar EPS, el nacimiento de la hija de la demandante, el fallo de tutela, la orden para que cancelara la licencia de maternidad, el incidente de desacato y que la EPS no ha cancelado las incapacidades desde el año 2012. Frente a los demás, manifestó que no eran ciertos.

En su defensa, propuso las excepciones de falta de integración del litisconsorcio con la EPS Famisanar y Protección S.A.; prescripción; mala fe de la trabajadora; Compensación; inexistencia de la causa que soporta la demanda; pago y cobro de lo no debido (f.º 424 a 432).

## II. TRÁMITE PREVIO

La demandada llamó en garantía a Famisanar EPS (f.º 526 a 532 C.3). Mediante auto de 13 de abril de 2015, el juzgado de conocimiento admitió la contestación de la demanda, inadmitió el llamamiento en garantía y, ordenó integrar la litis con la EPS Famisanar y Protección S.A. (f.º 626-627 C.2). a través de proveído de 15 de julio de 2015, se admitió el llamamiento en garantía respecto de Famisanar EPS (f.º 643 C.3), el cual posteriormente, fue declarado ineficaz por el juzgador de primer grado, al no haberse efectuado su notificación dentro de los 6 meses siguientes a su admisión (f.º 652-653 C. 3).

Protección S.A. al dar contestación a la demanda (f.º 671 a 685 C.3), manifestó no constarle los hechos, excepto, el relativo a que se encuentra pendiente la calificación del origen de la enfermedad, frente a ese, indicó que no era cierto, pues el 24 de junio de 2011 le informó a la demandante que la calificación de pérdida de capacidad laboral efectuada arrojó un porcentaje del 7.92%, que no le permitía acceder a una pensión de invalidez. Respecto de las pretensiones, señaló que ni se oponía ni se

allanaba, excepto, a la condena por los salarios de octubre de 2012 a octubre de 2013, lo anterior, bajo el argumento, que en virtud de la sentencia de tutela proferida por los Juzgados 7º Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá y Juzgado 28 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, canceló a la demandante las incapacidades otorgadas desde el 7 de mayo de 2012 al 30 de junio de 2015.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de causa petendi por ausencia de norma que permita radicar en cabeza de protección, el pago del subsidio por incapacidad, superior a 540 días; cobro de lo no debido; pago y compensación; buena fe; innominada o genérica.

Por su parte, la EPS Famisanar (f.º 825 a 835 C.3) se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó los relativos a las incapacidades, a la valoración por medicina laboral, el fallo de tutela, el pago de las incapacidades hasta septiembre de 2012, la condena al empleador de la licencia de maternidad, y que no canceló incapacidades a la demandante desde octubre de 2012; frente a los demás hechos manifestó no constarle.

En su defensa, propuso las excepciones de carencia de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de obligaciones prestacionales por parte de EPS Famisanar, por enfermedades profesionales o accidentes de trabajo; cumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato de afiliación; e inexistencia de controversia referente al sistema general de seguridad social, prescripción y/o caducidad y las demás declarables de oficio.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de agosto de 2019, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 24 de febrero de 2010 al 30 de junio de

2015, condenó al empleador demandado Tiendas d Ropa Femenina Vanity Ltda., a pagar las cesantías (\$2.629.975), intereses a las cesantías (\$296.254), prima de servicios (\$2.629.965), indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo (\$21.478.33 diarios a partir del 01 de julio 2015) y la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (\$11.149.700). Declaró no probada la excepción de prescripción, condenó en costas a la demandada (\$1.200.000) y absolvió de las demás pretensiones incoadas (f.º 944 y 946).

En sustento de su decisión, indicó que, si bien en la demanda se había indicado como extremo final de la relación laboral el 23 de octubre de 2013, lo cierto era que mediante fallo de tutela se previno al demandado que debía mantener el vínculo laboral hasta tanto la trabajadora estuviera incapacitada, lo cual fue hasta el 30 de junio de 2015, por ende, ese era el extremo final de la relación laboral. Frente al salario, señaló a pesar que se reclamó el pago de los causados entre octubre de 2012 y octubre de 2013, lo cierto era que al verificar que a la demandante le fueron canceladas las incapacidades -que sustituyen el salario- durante mayo de 2012 a junio de 2016, no procedía condena por este concepto.

En lo que respecta a las prestaciones sociales, advierte que pese a que en la demanda se reclamó su pago solo por los años 2012 y 2013, que al haberse discutido en el trámite que el extremo final del contrato lo fue el 30 de junio de 2015, era necesario en aplicación a las facultades extra y ultra petita, impartir condena y liquidarlas hasta el 30 de junio de 2015 y así lo hizo. En cuanto a la indemnización por despido, sostuvo que la demandante fundó la solicitud en el incumplimiento del empleador, pero que no probó que presentó renuncia en ese sentido o que el demandado le hubiese terminado el contrato. Al efectuar el análisis de las sanciones moratorias, el *a quo* manifestó que el demandado no acreditó que la omisión en el pago de las prestaciones sociales y en la consignación de las cesantías a un fondo se debiera a una causal de buena fe, por tanto, condenó a su pago. De la indexación indicó que era incompatible con la condena por la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandada Tiendas de Ropa Femenina Vanity Ltda., interpuso recurso de apelación, para ello, atacó el uso que la jueza dio a la facultad extra y ultra petita, pues a su juicio, no podía modificar la demanda o los límites de las pretensiones, cuando es la propia demandante quien confiesa en la demanda, su deseo de tener por finalizado el contrato de trabajo a partir de octubre de 2013.

Hace mención que la argumentación para absolver de la sanción por no pago de cesantías debió ser tenida en cuenta en las argumentaciones de la indemnización moratoria, porque no es posible que exista mala fe cuando ni siquiera el empleador conocía la fecha final del contrato, el cual se dispone por mandato judicial. Es decir que, hasta ese momento del fallo, tiene conocimiento de que las prestaciones sociales se afianzaron hasta junio de 2015.

Finalmente, adujo que si la finalización del contrato se dio el 30 de junio de 2015, la reclamación presentada por la trabajadora fue anterior (agosto de 2010), por ende, para el estudio de la excepción de prescripción, debió definirla a partir de la presentación de la demanda.

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

#### **V. CONSIDERACIONES**

Esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

##### **1. De las facultades extra y ultra petita**

Se duele el recurrente, que la argumentación del juzgado de conocimiento va en contravía de las reglas para habilitar las facultades

extra y ultra petita, pues declara la existencia del contrato de trabajo hasta el 30 de junio de 2015, pese a que en la demanda la accionante confesó su deseo de tener por finalizado el contrato de trabajo el 23 de octubre de 2013.

Frente al tema, se advierte que el artículo 281 del Código General del Proceso, señala que la sentencia debe guardar consonancia con los hechos y las pretensiones que se aducen en la demanda, la contestación y las excepciones que aparezcan probadas, siempre que hubiesen sido alegadas. Por tanto, no puede condenarse al demandado por una cantidad superior o por un objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. No obstante, las facultades otorgadas a los jueces de única y de primera instancia consagradas en el artículo 50 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, constituyen una excepción al principio de congruencia contemplado en el artículo 281 del Código General del Proceso, pero, siempre y cuando, *“los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados”*.

Claro lo anterior, la Sala procede a examinar las situaciones enrostradas al *a quo* en armonía con el escrito introductorio, la contestación de la demanda y el debate probatorio, por lo que se advierte que no le asiste razón, por lo siguiente.

En la demanda, más exactamente en el hecho 29 (f.º 5), se señaló *“Teniendo en cuenta dichos incumplimientos la trabajadora y aquí demandante, se encuentra en causal justa para dar por terminado el contrato laboral”*, y en el acápite de pretensiones, se señala *“Declarar la terminación del contrato laboral por justa causa por parte del trabajador, a partir del 23 de octubre de 2012 (...)”*, demanda que cumple anotar se presentó el 23 de octubre de 2013.

Por su parte, la demandada al contestar la acción judicial, indicó al referirse a ese hecho y pretensión, que no era cierto porque la demandante *“jamás se presentó a las instalaciones de la empresa a pesar de haber sido*

*citada a reintegrarse a desempeñar sus funciones” y que “no está llamada a prosperar porque no existe por parte del empleador comunicación que así lo haya determinado” pero, que en virtud de la confesión de la demandante, se debe entender que la relación laboral finalizó el 23 de octubre de 2013.*

A la hora de la fijación del litigio, si bien la demandada sostuvo que no existía discusión en cuanto a los extremos, pues a su juicio los indicados por la demandante fueron aceptados por la demandada, lo cierto es que la jueza enfatizó que todos los hechos serían sometidos al litigio, porque en ellos no se dijo por la accionante, que la relación laboral ya había finalizado, por consiguiente, era necesario establecer cuál era el extremo final.

Ahora, en el debate probatorio la accionante en el interrogatorio de parte ante la pregunta del Despacho *“De qué modo se da por finalizada la relación laboral que usted aduce?”, ésta respondió “su señoría, no hay ninguna finalización de la relación laboral, porque eso fue solamente una pretensión dentro de la demanda para fines económicos”* y ante la solicitud de la jueza que aclarara la respuesta dijo *“Es una pretensión dentro de la demanda, que solo un juez puede decidir si sí o no, no es un término porque yo no he enviado ninguna carta de renuncia, ni ellos a mí me han dicho que me van a despedir, o sea, no hay nada que diga que se haya terminado la relación laboral de mi parte”*. Es más, el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte manifiesta que entienden que la relación laboral con la accionante finalizó el 23 de octubre de 2013, pero ello, en virtud de lo señalado en la demanda, pues incluso desde la contestación se avizora que frente a ese punto ni ellos tenían certeza.

En virtud de todo lo anterior, el juzgado en el trámite de primera instancia, durante la etapa procesal procedió al análisis probatorio encontrando acreditado, que el vínculo laboral no feneció el 23 de octubre de 2013, pese a que así se solicitó declarar en la demanda, máxime, cuando en el fallo de tutela proferido por el Juzgado 28 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá (f.º 799 a 809) se previno al empleador demandado que debía mantener el vínculo laboral con la

accionante mientras perduraran sus incapacidades. Dijo que conforme las facultades extra y ultra petita, el mismo se determinaba el 30 de junio de 2015, fecha de la última incapacidad de la trabajadora.

Por tanto, contrario a lo señalado en el recurso de apelación, no hubo error alguno por parte de la autoridad judicial de primer grado en la comprensión y aplicación del artículo 50 del Código de Procedimiento del trabajo y de la Seguridad Social, pues si bien en la demanda se habló del 23 de octubre de 2013 (fecha en que se promovió la demanda) como extremo final, lo cierto es que no podía el *a quo* desconocer la fijación del litigio, ni todo el debate probatorio, del que daba cuenta que el vínculo laboral no feneció en el año 2013. Además, las condenas de las prestaciones se extendieron hasta junio de 2015 precisamente como una consecuencia lógica derivada del extremo pasivo hallado en el juicio. Es decir, que la decisión cuestionada no desborda el marco trazado por las partes en el litigio, pues debe recordarse, que la congruencia del fallo no significa que la decisión debe ser un calco de las pretensiones de la demanda, pues es necesario que para su emisión, se valoren por el sentenciador situaciones que se le han puesto de presente incluso en el debate procesal.

Al respecto, cumple traer a colación lo que frente al principio de congruencia ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2808-2018, reiterada en la SL 41112 de 2019, al indicar que:

*“Dicho de otro modo, en atención al precepto legal en el que se sustenta la acusación, la sentencia debe estar acorde con las pretensiones de la demandada y con las excepciones que se plantean; empero, ello no obsta para que el juez, eventualmente, pueda interpretar la demanda, es más, constituye su deber dado que está en la obligación de referirse **«a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales»** (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento.*

*Al respecto, esta Corte en sentencia CSJ SL14022-2015, dejó sentado que:*

*(...) la demostración de la incongruencia no se puede limitar a un cotejo mecánico entre las pretensiones de la demanda y lo decidido por el juez, esto es, un simple juicio comparativo entre los escritos a que se refiere el mencionado art. 305 del CPC, como lo sugiere el recurrente, pues para tales efectos, también será preciso poner de presente la actividad que despliega el fallador en su labor de juzgamiento para resolver el litigio mediante la interpretación o aplicación de la ley sustancial, según las apreciaciones probatorias del caso.*

*En efecto, esta Sala en sentencia CSJ SL, 27 jul. 2000, rad. 13.507, sostuvo que «el principio de congruencia en ningún caso quiere decir que las condenas impuestas en la sentencia deben ser un calco de las pretensiones de la demanda, pues bien puede ocurrir que la solución jurídica, resultante del examen fidedigno y sin alteración de los hechos y con respaldo en el ordenamiento normativo, sea distinta a la propuesta por el demandante».*  
(Negrilla fuera del texto original)

Al amparo de las anteriores reflexiones, no le asiste razón al recurrente en su argumento, por lo cual se despacha de manera desfavorable.

## **2. De la buena fe**

El apelante sustenta el tema de la buena fe, en dos sentidos. El primero, refiere que el análisis o argumento para absolver de la sanción moratoria debió ser igual para exonerarla de la indemnización moratoria por el pago tardío de las prestaciones sociales. Frente al particular, el argumento no es de recibo, pues basta con escuchar la sentencia proferida en primera instancia, para advertir contrario a lo manifestado, que el juzgado sí impuso condena por concepto de sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora, el segundo argumento, radica en que, si el extremo final de la relación laboral se estableció en medio del juicio, no era posible que fuera condenada por mala fe al pago de la indemnización moratoria, pues ni siquiera existía certeza de la finalización del contrato. Para desatar lo

anterior, se acude al precepto normativo que consagra la aludida indemnización, el cual señala:

“ARTÍCULO 65 INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.

1. Si **a la terminación del contrato**, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. (negrilla fuera del texto original)

De lo anterior se infiere, que la indemnización moratoria sólo procede ante la conducta omisiva del empleador de cancelar al trabajador a la finalización del contrato, las prestaciones sociales. Además, importa anotar, que la misma no opera de forma automática ni inexorable, pues, para su procedencia, se debe indagar si el comportamiento omiso del empleador estuvo revestido de buena o mala fe. (CSJ SL458-2013; CSJ SL589-2014; CSJ SL11591-2017; CSJ SL17429-2017; y CSJ SL912-2018).

En ese entendido, en el *sub examine*, al haberse determinado solo a partir de la sentencia del 30 de agosto de 2019, que la relación laboral entre las partes feneció el 30 de junio de 2015, no era viable impartir condena por este concepto en los términos de la decisión, porque ni siquiera entre las partes existía certeza de la fecha final del contrato de trabajo, la cual como se dijo, solo se definió con la presente demanda. Por tanto, no es posible extraer que para el año 2015, el empleador de mala fe no pagó a su trabajadora lo que por ley le correspondía.

Así las cosas, la Sala modificará la sentencia apelada, en el sentido de revocar la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y, en su lugar, absolverá a la demandada de ésta indemnización.

### 3. De la prescripción

Finalmente, la parte demandada señala que como la finalización del contrato se estableció en el 30 de junio de 2015, y la reclamación

presentada por la trabajadora fue con fecha anterior (agosto de 2010), el estudio de la excepción de prescripción debió definirse a partir de la presentación de la demanda.

Frente al particular, se precisa que la primera instancia al momento de analizar este medio exceptivo, lo hizo precisamente a partir de la presentación de la demanda, pues para el efecto indicó, que como la acción se presentó con anterioridad a la fecha establecida en la sentencia como extremo final, no había lugar a declarar la prescripción. En ese orden de ideas, se despacha desfavorable este punto de apelación.

No se causan costas en esa instancia.

## **VI. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

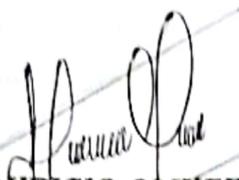
**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida por el Juzgado veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de agosto de 2019, en el entendido, que se **REVOCA** el literal d) del numeral segundo, y en su lugar, se absolver a la demandada de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de conformidad con las consideraciones aquí expuestas.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás.

**TERCERO: Sin COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

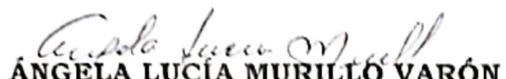
Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 025 2018 00315 01  
**DEMANDANTE:** JHON LEONARDO DUARTE PORTILLO  
**DEMANDADO:** 360 GRADOS SEGURIDAD LTDA

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de noviembre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió una relación laboral desde el 30 de agosto de 2016 al 14 de agosto de 2017, la cual terminó por renuncia del trabajador, en la que ejerció el cargo de supervisor de seguridad (motorizado). Que no le han cancelado las prestaciones sociales. En consecuencia, se condene a la enjuiciada a pagar las cesantías, los intereses a las cesantías, la sanción por no pago de intereses a las cesantías y vacaciones de todo el tiempo laborado; así mismo, la prima de servicios del 1° de julio al 14 de agosto de 2017, la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, la indexación y las costas del proceso (f.º 3-4).

En respaldo de sus pretensiones, narró que comenzó a laborar con la accionada en el cargo de supervisor de seguridad (motorizado), devengó como salario \$1.200.000 y que el vínculo se extendió desde el 30 de agosto de 2016 hasta el 14 de agosto de 2017, fecha en la que presentó renuncia al cargo. Refiere que, pese a las múltiples solicitudes, la enjuiciada no le ha cancelado la liquidación de prestaciones sociales (f.º 2).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones, menos la relativa a la existencia de la relación laboral perseguida y los extremos de la misma. En cuanto a los hechos, aceptó todos excepto el relativo al no pago de las acreencias reclamadas. En su defensa, propuso la excepción de cobro de lo no debido (f.º 22-23).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de noviembre de 2019, declaró la existencia de la relación laboral entre las partes desde el 30 de agosto de 2016 al 14 de agosto de 2017, en el que ejerció el cargo de coordinador de supervisión de puesto, con ingreso mensual de \$1.383.663. Así mismo, que a la terminación del contrato la accionada no canceló la liquidación final de prestaciones sociales y vacaciones, por consiguiente, la condenó al pago de estos rubros por la suma de \$3.474.147. También la condenó a pagar \$33.207.912 por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo (calculó hasta el 15 de agosto de 2019), más los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria; declaró no probada la excepción propuesta, condenó en costas por valor de \$1.200.000 y absolvió de lo demás pretensiones (f.º 51, 56).

En sustento de su decisión, indicó que no era materia de discusión la existencia de la relación laboral, extremos, la renuncia presentada por el trabajador, pues fueron hechos aceptados por la demandada, no obstante, en cuanto al salario, indicó que si bien se admitió en la suma de \$1.200.000, lo cierto es que halló probado que realmente lo fue de

\$1.383.663. Además, que conforme lo confesado por la representante legal de la encartada, se acreditaba que no canceló a la finalización del contrato la liquidación final de prestaciones sociales, por lo que procedió a su liquidación.

En cuanto a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, impuso condena al no advertir buena fe en el actuar de la accionada. Frente a la sanción moratoria por no consignación de cesantías a un fondo del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dijo que de la documental obrante en el plenario, se demostraba que el demandado había cancelado aportes hasta el 14 de febrero de 2017, por lo cual la absolvió de esta pretensión.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la condena por la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para ello, indicó que no se comprueba la mala fe, por el contrario, en el interrogatorio de parte se puso de presente las razones por las cuales se ha visto imposibilitada en su flujo de caja para realizar los pagos, tanto así, que al demandante no es al único que no se le han cancelado las acreencias. Situaciones que, a su juicio dejan ver que la falta de pago se debe a un estado económico que incluso la está a puertas de cesar sus actividades, no por mala fe.

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

### **IV. CONSIDERACIONES**

Esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social. Por tal motivo, conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala determinar si hay lugar al pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Alega la demandada que debe ser absuelta de reconocer y pagar la sanción moratoria por el no pago de la liquidación final, pues la falta de pago se debió al estado económico por el que atraviesa la empresa.

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

En el asunto que ocupa la atención, se encuentra demostrado que aunque el vínculo laboral finalizó el 14 de agosto de 2017, la liquidación final del contrato de trabajo correspondiente a prestaciones no ha sido cancelada, así lo confiesa la representante legal de la enjuiciada, quien ante la pregunta *“¿Manifiéstele a este despacho, si tiene conocimiento de la liquidación de prestaciones sociales en favor del demandante Jhon Duarte Portillo?”* respondió *“No señora, la liquidación no se le ha cancelado”*, y más adelante manifiesta *“no se ha pagado, por lo tanto no hay soporte”*.

Ahora, para el Tribunal no son de recibo los argumentos expuestos en la apelación, según los cuales la falta de pago obedece al estado económico por el que atraviesa la empresa, que incluso está a puertas de un cese de operaciones, pues estas circunstancias no fueron demostradas por la demandada, quedándose en el plano de las afirmaciones carentes de prueba.

En gracia de discusión, de haberse visto envuelta la demandada en una situación de crisis financiera, ello no la exime de cumplir con las obligaciones a su cargo respecto del entonces trabajador, hoy demandante. En efecto, ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, el empleador no puede trasladar a sus trabajadores las consecuencias negativas de las situaciones financieras adversas que

enfrente, pues la protección de los derechos laborales es una prioridad que no puede afectarse por dichas circunstancias.

Sobre el particular puede verse Sentencia No. 7393 del 18 de septiembre de 1995 de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral en la que puntualizó:

*“La iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto, No encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del Código Sustantivo de Trabajo, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.*

*De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza labor”*

Reglas reiteradas por la misma Corporación en sentencia con radicación No. 37288 del 24 de enero de 2012.

Conforme a lo anterior, estima el Tribunal que el actuar de la demandada está revestido de mala fe, dado que ha pagado las prestaciones sociales derivadas del vínculo laboral al amparo de razones válidas y demostrables, por lo que se confirma la procedencia de la sanción

moratoria ordenada prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como acertadamente lo concluyó el A quo.

No se causan costas en esta instancia.

#### V. DECISIÓN

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

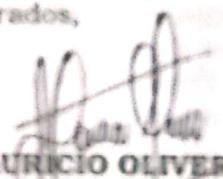
#### RESUELVE

**PRIMERO CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de noviembre de 2019.

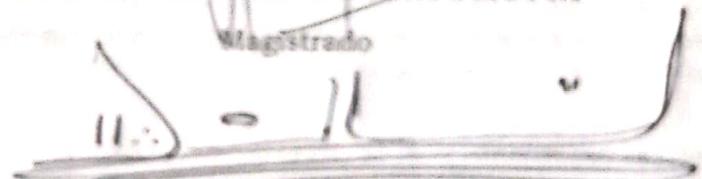
**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 026 2019 00011 01  
**DEMANDANTE:** ALVARO CALDERÓN PEDRAZA.  
**DEMANDADO:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

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

#### **SENTENCIA**

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de octubre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo vigente para los años 1998 – 1999, suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y Sintracreditario. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer, liquidar y ordenar el pago de la pensión convencional, determinada con base en el último salario promedio devengado debidamente actualizado hasta el 13 de octubre de 2011, junto con las mesadas adicionales, a indexar las sumas que se reconozcan, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero entre el 26 de noviembre de 1976 y

el 27 de junio de 1999, es decir, por espacio de 23 años y 1 día; el empleador finalizó el vínculo el 27 de junio de 1999, sin que mediara justa causa. Que desempeñó como último cargo el de Director III Grado 09, en la oficina de Cachipay, Cundinamarca y el último salario \$1.357.867.

Señaló que en vigencia de la relación laboral estuvo afiliado a Sincreditario, por lo que es beneficiario de la convención colectiva vigente para los años 1998 - 1999. Puso de presente que cumplió 55 años el 13 de octubre de 2011 y reclamó administrativamente el 26 de septiembre de 2018 (Folios 5 a 14)

Al dar respuesta a la demanda, la demandada se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó lo relativos a la vinculación del accionante al Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, el cargo desempeñado, la remuneración percibida, la existencia de la convención colectiva en la entidad y la presentación de la reclamación administrativa. Alegó que, si bien el demandante prestó sus servicios por más de 20 años a la entidad, no tiene derecho a la pensión reclamada, como quiera que la edad la alcanzó con posterioridad al 31 de julio de 2010.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, la prescripción, no pago de los intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas y las demás declarables de oficio (f.º 66 a 72).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de octubre de 2019, condenó a la UGPP a reconocer y pagar al demandante pensión de jubilación convencional prevista en el parágrafo 1º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y Sintracreditario vigente para los años 1998 -1999, a partir del 13 de octubre de 2011, en cuantía inicial de \$2.053.780.29, que para el año 2019 asciende a \$2.796.520, junto con las mesadas adicionales y los ajustes de ley. Igualmente, a pagar como

retroactivo liquidado hasta el 30 de septiembre de 2019, la suma de \$146.059.614. Declaró parcialmente probadas la excepción de prescripción y no probadas las demás propuestas (f.º 86).

Como sustento de su decisión, señaló que la parte accionante logró acreditar los requisitos previstos en la norma convencional para acceder al derecho pensional, el cual se causó una vez se produjo el retiro de la entidad por lo que no le son aplicable las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005.

### **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación al argumentar que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, toda vez que acreditó el requisito de edad con posterioridad al 31 de julio de 2010, fecha hasta la cual estuvo vigente la convención colectiva en virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

### **IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

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

### **V. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si el actor tiene de derecho al reconocimiento de pensión prevista en la convención colectiva suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y Sintracreditario, vigente para los años 1998 - 1999.

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: **i)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 26 de noviembre de 1976 hasta el 27 de junio de 1999, pues tal circunstancia fue certificada por el Ministerio De Agricultura y Desarrollo Rural como consta a folio 17 y **ii)**, que nació el 13 de octubre de 1956, por lo que cumplió 55 años el 13 de octubre de 2011, según consta en copia de cédula de ciudadanía de folio 16.

En relación con las pensiones convencionales, recuerda la Sala que el acto Legislativo n.º 01 de 2005 por el cual se reforma el artículo 48 de la Constitución Nacional, dispuso en el tercer párrafo transitorio, que las reglas de carácter pensional que regían a la fecha de vigencia del mismo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían por el término inicialmente estipulado. Y precisó que en los pactos, convenciones o laudos que se suscribieran entre la vigencia de dicho Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encontraran vigentes. En todo caso, dispuso el Acto Legislativo, que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

Lo anterior implica que, a partir del 31 de julio de 2010, perdieron vigencia todas las normas convencionales, de laudos arbitrales o acuerdos, que contenían condiciones pensionales más favorables que las previstas en la ley. Ahora bien, el referido Acto no modifica, ni desconoce los derechos adquiridos con anterioridad a su entrada en vigor (CSJ SL 2543 de 2020).

En el presente caso, la norma convencional sobre la cual edifica el actor la prestación señala:

*“ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. “A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja*

*les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios»*

Por su parte, el parágrafo 1º del mismo precepto extralegal, dispone:

*«PARAGRAFO 1. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 años si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de (20) años de servicios a la Institución».*

En el presente asunto, según se lee en certificado de folio 17, el accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 26 de noviembre de 1976 hasta el 27 de junio de 1999, esto es, por más de 20 años, ahora al nacer el 13 de octubre de 1956 (f.º 16 copia cédula de ciudadanía), se constata que alcanzó la edad de 55 años el 13 de octubre de 2011. En consecuencia, el promotor del juicio tiene derecho al reconocimiento de la prestación convencional deprecada.

Resulta pertinente destacar que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de señalar que para el reconocimiento de la pensión reclamada en este proceso, el requisito de causación del derecho es el tiempo de servicios prestados y que el cumplimiento de la edad es simplemente un requisito para la exigibilidad del pago, así lo refirió al resolver casos de contornos similares la presente, en sentencias SL289-2018, SL 526 de 2018, SL3197-2018.

Por esa razón, se concluye tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, que el demandante adquiere el derecho a la pensión en la fecha en que termina su contrato de trabajo con más de 20 años de servicios, esto es, lo estructuró el 27 de junio de 1999. Por tal motivo, la derogatoria prevista en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, no afecta el derecho de la demandante, tampoco lo hizo el Acto Legislativo 01 de 2005, pues si bien el accionante llega a la edad de 55 años el 16 de octubre de 2011, para esta época ya contaba con un derecho adquirido.

Ahora, a folio 17 del expediente, fue allegada certificación emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que da cuenta de los factores salariales convencionales devengados por el actor durante el último año de servicio; realizadas las validaciones correspondientes con la ayuda del liquidador designado para esta Sala, cuyo trabajo se incorpora y hace parte de la presente providencia se puede determinar que en aplicación de lo dispuesto en el parágrafo 3º del artículo 41 de la norma convencional, es decir, con la inclusión de todos los factores fijos y variables certificados, el promedio para calcular la pensión asciende a \$1.357.867, que al aplicarle la tasa de remplazo del 75%, prevista en la convención, arroja como mesada para el año 1999, la suma de \$1.018.400.

Conviene anotar que en el presente caso no se discute que el demandante prestó sus servicios personales a la Caja De Crédito Agrario Industrial y Minero hasta el 27 de junio de 1999 (f.º 17), además que la pensión que se reconoce corresponde al 75% de promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. Por tal motivo, entre el momento en que se retiró el promotor del juicio y aquel en el que le se hizo exigible la prestación 13 de octubre de 2011, transcurrió un periodo de tiempo considerable, en el que la moneda por efectos del paso del tiempo ha perdido valor adquisitivo, por lo que debe indexarse el valor de la primera mesada entre el momento en el que se produjo el retiro de la entidad y el momento en que se hizo exigible la prestación convencional.

Lo anterior, en aplicación a lo señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SL736-2013, reiterada en SL1144-2020, según la cual todas las pensiones deben ser indexadas, pues la corrección del valor del dinero no es un hecho jurídico sino económico, pues depende de la política monetaria y de las leyes del mercado, las que afectan por igual a todas las pensiones, por lo que su reconocimiento no es más que una consecuencia de la aplicación de los principios de justicia, equidad e igualdad.

En ese orden de ideas, una vez realizadas las operaciones aritméticas correspondientes con la ayuda del liquidador designado para esta Sala, se establece que la mesada para el año 2011, asciende a \$2.053.717, esto es, una suma inferior a la determinada por la jueza de conocimiento, que lo fue de \$2.053.780, por lo que el fallo consultado será modificado en este punto y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Indexación Salario						
Año Inicial	Año final	Salario	IPC Inicial	IPC Final	Factor Indexaci.	Salario
1999	2011	\$ 1.357.867,00	52,185	105,237	2,017	\$ 2.738.290,62

Mesada Pensional 2011		
Ingreso Base Liquidación 2011		\$ 2.738.290,62
Porcentaje aplicado		75%
Primera mesada		\$ 2.053.717,97
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2011	\$ 535.600,00

La mesada pensional determinada, deberá ser incrementada año a año con los reajustes legales correspondientes y se pagará a razón de 14 mesadas al año como acertadamente concluyó el juzgado de primera instancia, pues el derecho no se ve afectado por la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Como quiera que el promotor del juicio no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la depreciación del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá cancelar debidamente indexadas las mesadas pensionales, desde que cada una de ellas se hizo exigible y hasta que concurra con el pago de la obligación, tal como dispuso la jueza del conocimiento.

Estima la Sala que como quiera que el retroactivo pensional continuará causándose, las mesadas deben ser indexadas y la entidad debe aplicar los descuentos correspondientes al sistema de salud, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser

determinado por la entidad al momento de ingresar la novedad en la nómina de pensionados y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia. Para el efecto, se debe tener como mesada pensional para el año 2011 la suma de \$2.053.717; el 2012 el monto de \$2.130.322,00; el año 2013 el valor de \$2.182.302; el 2014 la suma de \$2.224.639; el 2015 la el monto de \$2.306.061, el año 2016 el valor de \$2.462.181; el 2017 la suma de \$2.603.756; el 2018 el rubro de \$2.710.249, el 2019 el valor de \$2.796.435 y para el año 2020 la mesada pensional asciende a \$2.902.700.

Es oportuno señalar que en el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 13 de octubre de 2011, el demandante reclamó ante la entidad el reconocimiento de la prestación el 26 de septiembre de 2018 (f.° 19), esto es, superado el término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, presentándose la demanda el 14 de enero de 2019, por lo que los derechos causados con anterioridad al 26 de septiembre de 2015, se encuentran prescritos como acertadamente concluyó el *A quo*.

Finalmente, conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (**SL2376-2018**) y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

De conformidad con las anteriores consideraciones surtido el grado de jurisdicción de consulta en favor de la entidad y, en todo caso atendido el argumento de apelación, la Sala modificará la decisión analizada.

No se causan costas en el grado de jurisdicción, ni en la apelación ante su no causación.

## VI. DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida el 21 de octubre de 2019, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de indicar que la pensión de jubilación convencional debe ser reconocida en cuantía inicial de \$2.053.718, conforme a las consideraciones expuesta en la parte motiva en esta providencia.

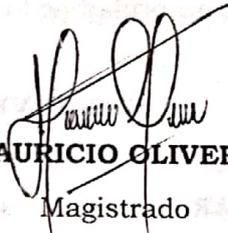
**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral tercero del fallo consultado, en el sentido de indicar que la demandada deberá cancelar debidamente indexado el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas causadas a partir del 26 de septiembre de 2015 y hasta que se verifique la inclusión de la novedad en nómina de pensionados teniendo para el efecto como valor de mesada pensional para el Para el efecto, se debe tener como mesada pensional para el año el año 2015 el monto de \$2.306.061, el 2016 el valor de \$2.462.181; el 2017 la suma de \$2.603.756; el 2018 el rubro de \$2.710.249; el 2019 el valor de \$2.796.435 y para el año 2020 de \$2.902.700. Se autoriza a la demandada a descontar de las mesadas pensionales el valor correspondiente a las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, el cual deberá ser trasferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el demandante.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás el fallo consultado.

**CUARTO:** Sin COSTAS en el grado jurisdiccional, ni en la apelación ante su no causación.

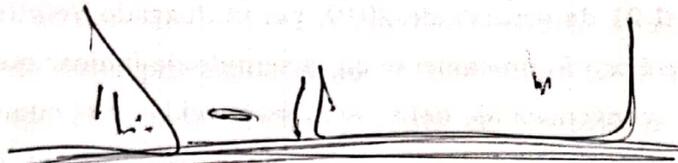
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada *salvamente present de vob*

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



**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

DEMANDANTE: ALVARO CALDERON PEDRAZA  
DEMANDADO: UGPP  
RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2019 00011 01

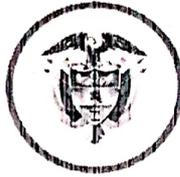
De manera respetuosa se presenta los argumentos de salvamento de voto.

Pretende el demandante se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión convencional consagrada en el parágrafo 41 de la Convención Colectiva suscrita para los años 1998-1999, pretensión que fue concedida, y respecto de la cual se está de acuerdo, de conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia.

No obstante, dado que la sentencia es objeto del grado jurisdiccional de consulta, se considera se debió solicitar prueba de oficio sobre el derecho pensional ante la entidad de seguridad social COLPENSIONES en la medida en que la pensión convencional que se ordena reconocer por virtud legal es compatible con la pensión legal que actualmente devengará el demandante, por el tiempo laborado en la entidad Caja Agraria y el cumplimiento del requisito de edad.

Por las anteriores razones, se presenta salvamento parcial de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 033 2013 00479 01  
**DEMANDANTE:** JULIO CESAR PEÑA ALFONSO  
**DEMANDADO:** BAVARIA S.A., SERDAN S.A., ACTIVOSS.A,  
SERVIOLA S.A., MANPOWER DE COLOMBIA S.A. Y  
SUPPLA S.A..

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de septiembre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare de manera principal la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con BAVARIA S.A. desde el 26 de octubre de 2005, el que se encontraba vigente a la fecha de presentación de la demanda. Se declare que adherido a los pactos colectivos vigentes entre Bavaria S.A. y sus trabajadores no sindicalizados desde el 26 de octubre de 2005 y hasta la fecha en que el mismo esté vigente. En consecuencia, se condene a la demandada Bavaria S.A. a reconocer las diferencias existentes entre los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social que han sido pagados por las supuestas empleadoras y los salarios. Se declare que solidariamente responsables a las demandadas del pago de todas las condenas solicitadas y sus respectivos intereses bancarios moratorios

desde la fecha de causación de cada uno de los derechos y al pago de las costas del proceso.

Subsidiariamente, a los intereses moratorios reclamados solicita condenar a Bavaria S.A. a pagar debidamente indexadas cada una de las condenas desde que cada derecho se hizo exigible hasta el cumplimiento de la obligación, así como reconocer intereses bancarios moratorios a partir de la ejecutorio de la sentencia.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios en beneficio de Bavaria S.A., desde el 26 de octubre de 2005 el cual se encontraba vigente a la presentación de la demanda, a través de las siguientes empresas que se discriminan a continuación:

Empresa	Fecha de ingreso	Fecha retiro	Salario
Sedan S.A.	26/10/2005	05/07/2008	\$691.892
Activos S.A.	06/07/2008	26/06/2009	\$727.000
Serviola S.A.	03/07/2009	02/08/2009	\$727.000
Manpower de Colombia Ltda	02/08/2009	31/05/2010	\$752.445
Suppla S.A.	01/06/2010	Activo a la presentación de la demanda	\$862.501

Adujo que los supuestos empleadores quienes se han presentado como contratistas independientes, carecían de libertad y autonomía técnica y directiva para ejecutar la gestión contratada con la beneficiaria Bavaria S.A. quien determinaba las políticas de almacenamiento y a través sus jefes de producción, depósito y transporte establecía las metas, objetivos, horario, cantidad de trabajo a desarrollar y personal necesario para ejecutarlo. Adujo que para realizar las mismas funciones desempeñadas por él, Bavaria S.A. contaba con personal directamente contratado por dicha compañía, sin que se presentara ninguna diferencia en las labores, pero sí en cuanto a la remuneración y beneficios laborales

que recibían unos y otros. Expuso que en ejecución de sus funciones ha tenido que laborar por más de 56 horas semanales en temporada de semana santa mitad de año, diciembre y enero

Manifestó que Bavaria S.A. suscribió convenciones colectivas de trabajo con sus empleados sindicalizados hasta el año 2001, las cuales fueron debidamente depositadas ante el Ministerio de Trabajo, que finalizada su vigencia, la empresa suscribió a partir de enero de 2002 pactos colectivos con sus trabajadores no sindicalizados, los cuales se encontraban vigentes a la presentación de la demanda.

Señaló que Bavaria S.A., pactó con sus trabajadores en 1998 en convención colectiva de trabajo que, en las labores propias y ordinarias de la empresa relacionadas directamente, entre otras, con la fabricación, embotellados, almacenamiento y despacho de sus productos, en ningún caso se emplearían contratistas independientes, sino exclusivamente trabajadores de planta y servicio de la empresa (f.º 2 a 22)

Al dar respuesta a la demanda, la demandada Manpower de Colombia Ltda, se opuso a las pretensiones. Señaló que el demandante estuvo vinculado laboralmente desde el 2 de agosto de 2009 hasta el 31 de mayo de 2010, en el que devengó como último salario \$752.445. Preciso que Bavaria S.A. no es su cliente y no tiene relación comercial con la misma, además que la empresa prestó servicios temporales a Suppla S.A., quien asignaba las funciones a los trabajadores en misión.

En su defensa, propuso la excepción previa de prescripción y las de mérito de buena fe, pago de salarios, prestaciones sociales y realización de afiliaciones al sistema de seguridad social integral; temeridad y mala fe del accionante, hechos de terceros, inexistencia de la obligación, y las demás declarables de oficio (f.º 326 a 336).

Por su parte, las demandadas Activos S.A y Serviola S.A. también se opusieron al éxito de las pretensiones dirigidas en su contra. Frente a los hechos, manifestaron no ser ciertos algunos o no constarle otros.

Con el fin de enervar las pretensiones, plantearon la excepción previa de prescripción y las de fondo de prescripción, inexistencia de la obligación y compensación (f.º 383 a 393 y 445 a 455 respectivamente).

La demandada Serviola S.A. y Activos S.A., solicitaron integrar al proceso a Compañía de Logística CCL - S.A. (f.º 605 a 608).

La demandada Bavaria S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Respecto de los hechos indicó que ninguno de ellos era cierto. En defensa de sus intereses propuso la excepción previa de prescripción y las de fondo de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, inexistencia de responsabilidad laboral, falta de título y ausencia de causa en el demandante, buena fe, compensación y prescripción (f.º 495 a 510). Además, llamó en garantía a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., CONFIANZA (f.º 570 a 577).

De otro lado, SUPPLA S.A., contestó oponiéndose a la totalidad de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle la ocurrencia de los mismos. Indicó que sostuvo con el demandante una relación laboral de carácter indefinido que inició el 1º de julio de 2010, para que este se desempeñara como auxiliar operativo de montacargas, luego pasó a ejercer el de auxiliar administrativo. Preciso que ha suscrito con Bavaria S.A. contratos comerciales de operación logística, ejecutados de manera autogestionada e independiente, en virtud de los cuales el demandante le prestó sus servicios por los cuales le reconoció y pago todos los salarios causados.

Con el objeto de enervar las pretensiones propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, compensación y pago, así como la buena fe (f.º 627 a 649).

Finalmente, la demandada SERDAN S.A., dio contestación al libelo introductorio oponiéndose a las pretensiones y proponiendo en su defensa la excepción previa de prescripción y las de mérito de prestación del

servicio y existencia de relación laboral con el demandante; inexistencia de relación laboral con Bavaria S.A., libertad de empresa, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral; cobro de lo no debido, ausencia de prueba, ausencia de solidaridad, buena fe, mala fe del demandante, inexistencia de la obligación, falta de derecho sustantivo, compensación, improcedencia de indemnización por despido sin justa causa, inexistencia de causa para pedir y las demás declarables de oficio (f.º 884 a 915).

Mediante auto del 19 de septiembre de 2017, se dispuso la vinculación de Compañía Colombiana de Logística S.A., en calidad de Litis consorte necesario por pasiva (f.º 975 y 976). La que indicó como razón social Corporación Colombiana de Logística S.A. – CCL S.A., que no aceptaba ni rechazaba ninguna de las pretensiones y que los hechos expuestos en la demanda no le constaban. Además, propuso la excepción previa de prescripción y las excepciones de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción y solicitó declarar las demás excepciones de oficio a que haya lugar a declarar (f.º 993 a 1.000).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de septiembre de 2019, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra (f.º 1.025 y 1.026).

Como sustento de su decisión, señaló que la parte accionante no demostró los hechos con los cuales persiguió la declaratoria del contrato realidad.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

### **III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

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

### **IV. CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si entre el actor y Bavaria S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 25 de octubre de 2005 hasta la fecha; en consecuencia, si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de diferencias causadas respecto de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social por ser beneficiario de los pactos colectivos suscritos entre la empleadora y sus trabajadores, pues según su teoría del caso, las empresas de servicios temporales y operadores logísticos accionados actuaron como meros intermediarios.

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

Igualmente, ha señalado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

Igualmente, es pertinente recordar que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, las *“empresas de servicios temporales son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.”* Paralelamente, el artículo 73 *ibídem* señala quienes son los terceros beneficiarios al expresar que *“Se denomina usuario, toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.”*

De lo anterior emerge que las empresas de servicios temporales tienen un objeto previamente delimitado en la norma, lo que hace que las contrataciones o envío de trabajadores en misión se ejecuten bajo casos o situaciones específicas, las cuales han sido desarrolladas por esta ley y establecidas de la siguiente manera:

**“Artículo 77.** *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.*

Disposición que se acompasa con lo dispuesto el artículo 6º del Decreto 4363 de 2006.

Conviene precisar, que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia sentencia SL3520-2018 reiterada en la SL 467 de 2019, adoctrinó:

*“[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador».*

*Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.*

*Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (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 un periodo igual.*

*Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele*

*pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.*

*En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria<sup>1</sup>».*

*Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.*

*Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.»*

Ahora bien, en cuanto a la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como una de las formas de organización de la producción en virtud de la cual se hace un encargo a un tercero de ciertas partes u operaciones del proceso productivo, éstas son legítimas en el orden jurídico; no obstante, frente a su utilización, la jurisprudencia ha señalado que «(...)no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos

---

<sup>1</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización, Tercerización y Subcontratación*. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009, p. 29.

*y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades. La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.”. (CSJ SL 467 de 2019).*

Por eso, cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, se presenta la intermediación laboral ilegal.

Claro lo anterior, se advierte que la parte actora para demostrar que Bavaria S.A. fue realmente su empleador allega certificación expedida por Organización Serdan el 2 de agosto de 2012, según la cual prestó servicios para Bavaria S.A., como montacarguista depósito desde el 26 de octubre de 2005 al 5 de julio de 2008 (f.º 23). La certificación expedida por Activos el 1º de agosto de 2012, en la que se indica que el demandante laboró a partir del 6 de julio de 2008 hasta el 26 de junio de 2009, mediante contrato por duración de la obra o labor contratada y fue enviado como trabajador en misión a la usuaria Corporación Colombiana de Logística CCL, en el cargo de auxiliar de distribución montacarguista (f.º 24); certificado emitido por Manpower que da cuenta que el actor laboró para dicha empresa, en misión para Suppla desde el 2 de agosto de 2009 hasta el 31 de mayo de 2010 (f.º 26); aporta certificación emitida por Suppla el 8 de agosto de 2012, en el que informa que el promotor del juicio labora para dicha empresa mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1º de junio de 2010, desempeñándose como auxiliar operativo montacargas (f.º 27).

A solicitud de la parte accionante fueron decretados los testimonios de Jhon Alexander Villarraga, Hermógenes Pérez Valencia y Jhon Jairo Meneses Vargas, no obstante, ninguno de ellos fue practicado como quiera que los deponentes no comparecieron en la hora y fecha señalada para adelantar la diligencia.

De otro lado, aunque se solicitó practicar interrogatorio de parte a los representantes legales de cada una de las demandadas y esta prueba fue decretada, la misma no se adelantó en la oportunidad legal, por lo que fue declarada precluida al no allegarse sobre escrito para su práctica, como tampoco se hizo presente en la audiencia.

Conviene señalar aquí que, ante la inasistencia del demandante y su apoderado a la audiencia obligatoria de conciliación y a absolver interrogatorio de parte, el juez en aplicación de los artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, así como 205 del Código General del Proceso, procedió a tener por ciertos los hechos de la contestación de la demandada Bavaria S.A relacionados en los numerales 1º, 2º, 3º y el inciso 6º del numeral 4º (f.504 y 505), según los cuales la demandada es una sociedad comercial, el demandante no tuvo vínculo laboral con la misma, por lo que carece de título, causa y fundamento para exigirle cualquier pago, pues tal como se confesó en la demanda y se prueba con los documentos obrantes en el proceso el accionante fue trabajador de otras compañías claramente identificadas de las cuales recibió la totalidad del pagos laborales que se causaron en su favor.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas obrantes en el plenario, se considera que la accionante falta al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demuestra los supuestos en que funda sus pretensiones, ello como quiera que no aporta medios de convencimiento que permitieran concluir que pese a haber estado prestando sus servicios a través de diferentes empresas como consta a folios 23 a 27, su verdadero empleador fue Bavaria S.A., por haber recibido órdenes, instrucciones o remuneración de parte de esta. Por el contrario, la pasividad probatoria y el desinterés del actor en acudir a las audiencias programadas conllevó al juzgado a tener por cierto algunos hechos, de la contestación referentes a la no existencia del vínculo laboral pretendido.

No pasa por alto la Sala que Serdan certifica a folio 23, que los servicios personales del actor fueron prestados a Bavaria S.A. pero ello, ocurrió entre el 26 de octubre de 2005 y el 5 de julio de 2008, relación esta respecto de la cual resulta inoficioso realizar cualquier análisis, primero porque la parte accionante no allega prueba alguna que permita verificar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se dio dicha prestación del servicio y, segundo, como quiera que de existir algún derecho, el mismo estaría prescrito, pues la demanda se interpuso el 5 de agosto de 2013 (f.º 286) y las demandadas oportunamente propusieron el medio exceptivo.

Por lo demás, debe señalarse que Manpower, acepta que el demandante estuvo vinculado laboralmente, pero precisó que los servicios fueron prestados a Suppla S.A. (f.º 326). Las demandadas Activos S.A. y Serviola S.A. aportaron contratos de trabajo según los cuales el demandante laboró para ellas y fue enviado como trabajador en misión a BAVARIA C.C.L. (f.º 394 y 456). Por su parte la demandada Suppla S.A., aduce que el libelista fue vinculado mediante contrato de trabajo (f.º 638) siendo así que ninguna de las demandadas desconoció el vínculo laboral y, éste no pudo demostrar por ningún medio que estas relaciones hayan sido aparentes y que las antes relacionadas hubiesen fungido como meras intermediarias, pues se reitera ningún esfuerzo probatorio adelantó para acreditar las condiciones de la prestación personal del servicio.

Así las cosas, la Sala no cuenta con elementos de convicción que permitan modificar la decisión absolutoria analizada, por lo que la misma será confirmada.

No se causan costas en este grado de jurisdicción.

## V. DECISIÓN

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

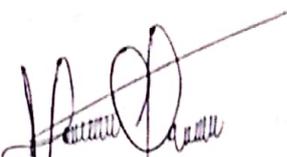
**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



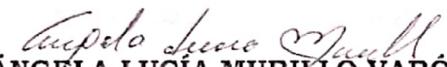
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 035 2016 00662 03  
**DEMANDANTE:** VÍCTOR ALEXANDER HURTADO TOVAR  
**DEMANDADO:** INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. -  
INDEGA S.A. y la llamada en garantía SEGUROS  
DEL ESTADO S.A.

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

### **SENTENCIA**

Estudia la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de octubre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 31 de mayo de 2007. En consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarlo sin solución de continuidad al cargo de coordinador o a otro semejante o de superior categoría al que desempeñaba al momento del despido. A pagarle los salarios, las prestaciones sociales, las vacaciones y los aportes a seguridad social causados desde que fue despedido hasta que se produzca su reintegro. Además, se condene a la demandada apagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se vinculó a Indega S.A. a través de la empresa Alianza el 30 de mayo de 2007, para desempeñarse como coordinador de operaciones, en oficina ubicada en las instalaciones

de Indega S.A., en cumplimiento de un horario, teniendo a cargo personal que prestaba servicios a Indega S.A. y bajo órdenes de los jefes de esta empresa. Adujo que dentro de sus funciones estaban las de organizar el embase y el personal para alimentar las líneas de producción de la empresa, así como rotar el producto en la bodega y diligenciar los formularios que le eran entregados por personal de la empresa.

Manifestó que el 9 de mayo de 2014, recibió una comunicación de Contactamos Outsourcing S.A.S., donde le comunicaban la terminación del contrato. Expuso que estaba afiliado a las organizaciones sindicales SINALTRAPACOL y SINTRAINDEGA por lo que goza de fuero circunstancial, pues para el 19 de mayo de 2016, Indega y los sindicatos estaban en conflicto colectivo, el cual se encuentra por resolver en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Preciso que Indega S.A. fue notificada de la afiliación del demandante a SINALTRAPACOL y SINTRAINDEGA previo al despido.

Señaló que la demandada le adeuda salarios, las prestaciones, las vacaciones, la liquidación definitiva del contrato, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y aportes a seguridad social causados desde el despido (f.° 3 a 16).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con el domicilio de la empresa, la existencia de organizaciones sindicales y del conflicto colectivo para el 19 de mayo de 2016. Frente a los demás, adujo no constarle o no ser ciertos.

En su defensa, propuso la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario y, las de mérito de inexistencia de causa y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, la de buena fe y la compensación (f. ° 104 a 126 y 211 a 214 subsanación).

La demandada Indega S.A. llamó en garantía a Seguros del Estado S.A. (f.º 84 a 86), quien contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, manifestó que no le constan los de la demanda y tampoco los del llamamiento en garantía, salvo el relacionado con la expedición de una póliza, cuyo número difiere del señalado por la demandada.

Con el fin de enervar las pretensiones de la demanda, planteó las excepciones de imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales; la inexistencia del perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguros contenido en la póliza. Frente al llamamiento en garantía, propuso las excepciones de ineficacia del término legal y judicial para la vinculación del llamado en garantía, inexistencia de la obligación a cargo de Seguros del Estado S.A., si se declara relación laboral directa entre Indega S.A. y el demandante (f.º 339 a 363 respectivamente).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de octubre de 2019, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra (f.º 578).

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante prestó sus servicios en las instalaciones de Indega S.A., no obstante, ello ocurrió en virtud de contrato comercial y oferta de servicios contratada con la empresa Contactamos que se ocupó de la tercerización del proceso de producto terminado, cargue y descargue por su cuenta y riesgo, con personal directamente contratado para tal fin. Determinó que en Indega S.A. no existe el cargo para el cual fue contratado el demandante. Respecto de los testimonios de la parte demandante señaló que todos prestaron sus servicios dentro de las instalaciones de la demandada, pero como empleados de Contactamos, quienes que por temas de costo trabajaba in house.

### III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que las pretensiones de la demanda deben ser concedidas, dado que el despacho da por probado sin estarlo que entre Indega S.A. y Contactamos existió un contrato comercial, cuando ni siquiera ésta probado con el certificado correspondiente que esta empresa exista, además tampoco compareció al proceso como demandada.

Adujo que el Juzgado dio aplicación al artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando el que debió aplicar fue el artículo 35. Señaló que el testigo "Roberto" manifestó que era él quien le daba las órdenes al aquí demandante y que no conocía a Orlando Contreras, lo que es lógico, porque el primero tenía su puesto de trabajo en la planta norte de INDEGA y el testigo Contreras presta servicios a Indega S.A. desde hace 25 años, pero en el depósito del sur.

Alegó que no es cierto que el demandante haya aceptado que era trabajador de Contactamos. Precisó que el testigo Johans manifestó no conocer al demandante, por lo que no puede dar constancia de los hechos que se presentaron entre las partes. Además, precisó que el accionante empezó a prestar sus servicios en el año 2007 y que los contratos y ofertas entre INDEGA y Contactamos suscritos entre el 2010 y 2012, no tienen ningún valor probatorio, pues no tienen impuesto de timbre por lo que parece que la prueba fue fabricada y luego anexada al proceso.

Arguyó que los testigos de la parte actora fueron coherentes y corresponden a quienes fueron sus compañeros de trabajo, por ello, les consta lo acontecido y debieron ser valorados conjuntamente con las pruebas documentales, con las cuales se evidencia que el actor fue contratado en principio por un contrato de obra y luego fue modificado a término indefinido para desarrollar las mismas actividades.

Argumentó que Contactamos no demostró haber actuado con autonomía, tenía herramientas, no acreditó el contrato de arrendamiento que tenía de los montacargas, pero al Juzgado le bastó únicamente con el dicho de la empresa para tener estos hechos por probados. Al punto señaló que Contactamos debe ser declarada una verdadera intermediaria. También se probó que Cesar Molina era trabajador de Indega S.A. y le impartía órdenes al demandante, con lo cual se prueba la subordinación de la demandada respecto del demandante.

De otro lado, arguyó que el Juzgado no hizo alusión al fuero circunstancial del cual gozaba el demandante al momento de ser despedido cuando ostentaba la calidad de afiliado a SINALTRAPACOL que en ese momento se encontraba en conflicto colectivo con Indega S.A.

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

#### **IV. CONSIDERACIONES**

##### **1. De la existencia del contrato de trabajo**

Conforme al recurso de apelación, corresponde a la Sala dilucidar si entre el actor y la sociedad Indega S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir de 31 de mayo de 2007 o si como lo afirma la demandada, la relación contractual pretendida lo fue con la empresa Contactamos Servicios LTDA., en virtud de un contrato comercial celebrado por la pasiva con dicha persona jurídica, respecto del cual afirma la accionada no tiene injerencia para su vinculación, la administración y control, al actuar con plena autonomía directiva, técnica y administrativa.

En tal sentido, se advierte que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: i) la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama

la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii*) la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii*) la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes le asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal, para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Aquí conviene resaltar lo consagrado en el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo, frente a lo que se denomina o se define como contratistas independientes, al respecto el citado precepto legal señala:

*“ARTICULO 34. Contratistas independientes:*

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas. (Subraya fuera del texto).

Precisado lo anterior, se advierte que para demostrar la prestación personal del servicio a Indega S.A., la parte actora allega el contrato de trabajo por obra o labor suscrito con Contactamos Servicios el 21 de septiembre de 2008, cuya ejecución quedó prevista para iniciar el 1º de octubre de 2008, para desempeñarse como operador logístico, cuyo lugar de prestación de servicios es "INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS". En cuanto a la duración del contrato, se indica que correspondería al tiempo que durara la realización de la obra o labor contratada o "de la finalización o terminación de la relación contractual de la empresa con un tercero para quien se ejecute la labor" (f.º 25 y 26).

Igualmente, se Anexa la liquidación final del contrato con fecha 9 de mayo de 2014, en la que se discrimina: "Outsourcing PROYECTO INDEGA PLANTA NORTE" (f.º 28); los comprobantes de nómina de enero a abril de 2014 y agosto a diciembre de 2013 con la indicación de pertenecer el trabajador al proyecto INDEGA S.A. (f.º 36 a 45).

Ahora, la parte accionante solicitó decretar y practicar los testimonios de Jhon Jairo Bohórquez, Julio Germán Abello, Miguel Arias Cárdenas y Felix Eduardo Cendales Nieto, el primero de los cuales no fue practicado como quiera que no fue posible su ubicación.

**Julio Hernán Abello Pinzón**, trabajó para la demandada y manifiesta que conoce al demandante desde **mediados del año 2000**, durante la prestación de sus servicios a INDEGA, primero en la planta norte y después, como en el año 2013 en el depósito sur. Asegura que el accionante era el encargado de coordinar los cargues y descargues en el área de operaciones de las tractomulas que se llenaban con los productos de Coca Cola; señala que esto lo hacía básicamente en dos turnos, uno de 2:00 p.m. a 10:00 p.m. o de 10:00 p.m. a 6:00 a.m. y su jefe era el señor Cesar Molina, quien era el Jefe de Operaciones de Indega S.A. Dijo que en INDEGA S.A. había personas que desempeñaban las mismas funciones que el demandante, como ejemplo, citó a Oswaldo Contreras que hacía las veces de coordinador.

Asegura que quien le impartía órdenes al demandante y a Oswaldo Contreras en la sede sur, era Cesar Molina, lo que presencié porque debía pasar cerca de ellos a sacar fotocopias casi todos los días, pues el testigo tenía a su cargo todo el tema de documentos de vehículos y en varias oportunidades vio como le impartían instrucciones. Aseguró que él y el demandante no siempre trabajaron en la misma sede, pero precisa que cuando el demandante trabajó en la sede norte no vio quien le impartía órdenes, pues el testigo lo veía de lejos porque no se podía acercar. También advierte que no sabe qué tipo de contrato firmó el accionante, pero le consta que lo vio en la empresa en la ejecución de operaciones y que él trabajaba con todos sus compañeros en las instalaciones de la demandada, cargando los camiones de la misma con los productos que esta fabricaba, pero él no sabía de los contratos de cada quien. Tampoco le consta las circunstancias en que se dio la terminación del contrato, solamente se enteró con posterioridad cuando el demandante le contó que se había afiliado al sindicato y luego lo habían sacado.

Por su parte, el testigo **Miguel Arias Cárdenas**, quien se desempeña como conductor en INDEGA S.A., dijo que conoció al demandante **desde el año 2013**, cuando llegó a ejercer como su coordinador y tenía como funciones las de dar órdenes a los movilizadores, montacarguistas, el cargue de trailers y camiones de la compañía y en la noche era el encargado de despacho de las rutas que salían el día después. Preciso que el actor cumplía un horario por turnos y no utilizaba uniforme. Asegura que los jefes del demandante eran Cesar Molina y en ocasiones Oswaldo Contreras, quienes eran empleados de Indega S.A. al igual que el demandante, pues todos eran empleados de esta empresa, al punto precisó el testigo que presenció cuando los jefes llamaban al demandante y le decían *"que tenía que mover la mulas rápido, el cargue rápido, que saliera rápido, que no se podía pasar de las 6:00 a.m. porque traía sanciones"*, lo cual le consta porque se veía con el demandante siempre que estaban en el mismo turno. Además, señaló el deponente que al demandante también lo manejaba Juan Carlos Gil, pero precisó que nunca vio un desprendible de nómina de los jefes, ni del demandante para saber si pertenecían a INDEGA S.A., pero asegura que todos prestaban servicios a esta empresa.

A su turno, el testigo **Félix Eduardo Cendales Nieto** quien se desempeña como auxiliar de operaciones en la demandada desde el año 2.000, señala que **conoció al demandante en el año 2014** cuando ambos trabajaban en Indega S.A. en el área de operaciones, menciona que el accionante era coordinador y tenía como funciones *"coordinar el cargue de los camiones de INDEGA, es decir el cargue de los productos que vende la empresa, coordinar el descargue y recibo de las que llegan de la planta, de las diferentes plantas de producción de gaseosa de la empresa y coordinar el cargue del envase que se remisiona también en las tracto mulas de la empresa a las plantas de fabricación de INDEGA."*

Dijo que no le constaba si el demandante estaba vinculado directamente por Indega S.A., pero señaló que debía cumplir horario. Aseguró que para la época el Jefe del Área de Operaciones era Cesar Molina, quien refiere era trabajador directo de Indega y era la persona que impartía órdenes al demandante, lo cual pudo presenciar. **Expuso el**

**testigo que él era trabajador directo de INDEGA S.A. desde hace 30 años al igual que Cesar Molina.** Que en mayo del 2014 el demandante tenía una oficina contigua a la suya y, era quien llevaba el control de operaciones en papelería de Indega S.A.. El deponente precisa que entre los años 2010 a 2014, trabajó en la planta o depósito sur.

Ahora bien, del análisis en conjunto de las pruebas allegadas al expediente, se concluye que la parte demandante logra acreditar la prestación de sus servicios personales en beneficio de la Industria Nacional De Gaseosas Indega S.A. y en las instalaciones de la misma. Por lo que ahora es carga de la prueba de la demandada desvirtuar el trabajo subordinado, mediante la demostración que las labores se ejecutaron en forma autónoma e independiente o bajo un vínculo diferente al laboral (CSJ sentencia radicación n.º396000 del 24 de abril de 2012).

Con tal finalidad, aporta la convocada a juicio ofertas de servicio suscritas con Contactamos Servicios Limitada así: n.º OFOPS-0000595 de 1º de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008 (f.º 133 a 141); n.º OFOPS-0000093 desde el 1º de febrero de 2011 hasta el 31 de enero de 2013 (f.º130, 131, 156 a 168 y 171 y 172) y OFOPS-0000470 del 2 de octubre del 2011 al 1º de octubre del 2013 (f.º142 a 155).

Una vez revisado el contenido de los anteriores documentos, se constata que el objeto de las ofertas en términos generales fue el de prestar a la "DESTINATARIA" (Indega S.A.) los servicios de outsourcing en las labores de operaciones especificadas en las fichas y en los términos y condiciones contenidos en la diferentes ofertas mercantiles, como también la prestación de servicios en relación con la optimización de los procesos y re-procesos que se encuentran encaminados al cumplimiento de la misión, visión y sistema de calidad en diferentes áreas de la Destinataria de conformidad con las especificaciones administradas por esta (f.º 133, 148, 229, 231).

Las ofertas además disponen que "LA DESTINATARIA podrá, en cualquier momento y por cualquier motivo razonable durante la prestación

*de los servicios, efectuar inspecciones a los servicios y si de acuerdo con su criterio, éstos no se están ejecutando conforme a las instrucciones, podrá objetarlos y ordenar que a su costa se hagan las correcciones y/o ajustes necesarios” (f.º 134, 149, 157).*

Ahora, estima la Sala que estos documentos por si solos no resultan suficientes para entender desvirtuada la presunción del contrato de trabajo (art. 24 CST), pues su contenido no pasa de representar la descripción formal de los servicios contratados, sin que se adviertan fueran autónomos e independientes. También se evidencia que pese a que las ofertas hacen referencia a un anexo denominado “*ficha*” que contendría el alcance de los servicios a suministrar a Indega S.A., el mismo no fue aportado ya que la demandada apenas allegó la “*FICHA DE REQUERIMIENTO DE BIENES Y SERVICIOS PROCESOS Y REPROCESOS – BARRANQUILLA*” (f.º 165), la que no puede ser tomada en consideración en el asunto bajo examen, porque el demandante prestó sus servicios en la ciudad de Bogotá.

La demandada también aporta orden de compra OFOPS 0000093 (f.º 129 y 171), OFOPS 0000595 (f.º 132) y OFOPS 00000470 (f.º 144 y 147), instrumentos con los cuales apenas se demuestra la aceptación de las ofertas presentadas por Contactamos, en la que Indega S.A. manifiesta que admite los términos presentados en la oferta mercantil. En consecuencia, tampoco estas órdenes de compra permiten a la Sala concluir que la prestación del servicio del demandante a Indega S.A. fue de manera autónoma e independiente, dado que ellas solo contienen la aceptación de las ofertas presentadas, y tan sólo una de ellas, devela una descripción muy general de la forma como el oferente debe cumplir su objeto, pero no dice nada respecto de la manera en que el actor prestó sus servicios.

Indega S.A además allega al plenario contrato de prestación de servicios n.º PSL – 000072, según el cual Contactamos Outsourcing S.A.S. se obligaba “*bajo su entera y absoluta responsabilidad, gozando de plena autonomía técnica, científica, financiera y directiva, utilizando sus propios medios, capacidades y recursos humanos y económicos sin ningún tipo de subordinación de*

*carácter laboral, los servicios logísticos en las áreas de operaciones y manufactura, desarrollando los procesos de atención a fleteo primario, atención Cedis (cargue y descargue de producto, armado, andén 7 y andén 8) atención a líneas, atención de bodegas, así como los subprocesos de paletizado y despaletizado de envases, reparación de canastas, molienda de vidrio, reempaque de producto, derrame de producto, lavado de botellón, movimiento de material, maniobra general, movimiento de material montacarga, actividades operativas, de conformidad con las especificaciones establecidas en la ficha de requerimiento que se adjunta como anexo n.º 2 a cambio del pago, por parte del CONTRATANTE, de la contraprestación establecida más adelante". No obstante, este contrato no gobierna la prestación personal del demandante, al menos no en su gran mayoría, pues fue suscrito el 1º de enero de 2014 y la prestación del servicio como se vio, inició el 1º de octubre de 2008. En todo caso, este documento prueba las condiciones que fueron acordadas por las partes, pero no la manera en la que el accionante ejecutó las funciones a su cargo (f.º 190 a 206)*

Ahora, a solicitud de la parte demandada fueron decretados y escuchados los testimonios de **Johans Olaya** y Roberto Carlos Calderón. El primero, señala ser Gerente del Sector y no conocer al demandante. Indica que la información que tiene del actor es que trabajó en Bogotá. El testigo dijo que entre los años 2012 a 2014, trabajó como Gerente de Operaciones de Bogotá Norte, teniendo a su cargo la administración del contrato con el operador logístico Contactamos, quienes se encargan de la operación logística dentro del centro de distribución, atención a la línea de producción, desde los monta carguistas, la administración de la bodega de producto terminado, el cargue de los camiones de distribución y los que salen a la ruta. Asegura que Contactamos prestaba unos servicios establecidos y se trataban los asuntos relacionados con el contrato como volúmenes o calidad del servicio con el subgerente Roberto Calderón. Precisa que las actividades que tenía a cargo Contactamos para los años 2012 a 2014, no se ejecutaban de manera concomitante en INDEGA y que en la empresa no existía el cargo de Coordinador de Operaciones.

Señaló que Contactamos trabajaba "in house" y por ello, se le asignaba un espacio, unas oficinas para que ubicaran su personal administrativo para adelantar los procesos que requirieran. Dijo, que el objeto de la compañía es producir Coca Cola, pero no es experta en temas logísticos como administración de bodega, por eso se tomó la decisión de buscar una empresa experta en el manejo de logística del producto terminado al interior de sus instalaciones.

Por su parte, el testigo **Roberto Carlos Calderón** como Gerente de Operaciones de Contactamos dijo que conoció al demandante en mayo del 2010, cuando el testigo empezó a trabajar en la operación del cliente Coca Cola FEMSA; aseguró que **en el año 2010** el accionante se desempeñaba como operador de montacarga vinculado a Contactamos y luego desempeñó otros cargos con la misma empresa, la que se encargaba de hacerle los pagos quincenalmente. Advierte que quien impartía órdenes al accionante era el jefe o el coordinador de operaciones de Contactamos, precisando que lo que se requiriera entre INDEGA y Contactamos se daba a través de él como Gerente de Operaciones. Señaló que Contactamos no es una empresa de Servicios Temporales, sino que se dedica a prestar servicios en la modalidad outsourcing.

Adujo que conoció a **Cesar Molina porque "fue funcionario de INDEGA él era Coordinador de Fleteo o algo así"**, aseguró que él no impartía ordenes simplemente daba la información de los vehículos que había que cargar o descargar, pues Indega recibía la información de FEMSA Logística de qué tipo de vehículos utilizar para despachar a los centros de distribución, ya que esta información no llegaba directamente a contactamos. No obstante, señaló que toda la operación en forma estructural del cargue y descargue de vehículo y el despacho de esos vehículos estaba a cargo de Contactamos. De otro lado, expuso que Juan Carlos Gil era coordinador de Contactamos y tuvo el cargo de Coordinador de Operación de la sede sur de Coca Cola y luego fue Coordinador de Operación en la sede Fontibón. Aseguró que el demandante no tenía oficina, había unas oficinas y eran de contactamos no de nadie en particular. Además, que cuando el demandante se desempeñó como

montacarga esa máquina no era propiedad de Contactamos pero la tenían en comodato.

Frente a los relatos de los testigos, estima la Sala que tampoco el dicho de los deponentes convocados por Indega S.A. ofrecen elementos que permitan concluir que el demandante ejecutó las funciones que le fueron asignadas de manera independiente y autónoma con respecto a la compañía demandada. En efecto, **Roberto Carlos Calderón**, Gerente de Operaciones de Contactamos – testigo solicitado por la propia demandada, dijo que Cesar Molina es **empleado directo** de Indega S.A. y era quien daba información de los vehículos que había que cargar o descargar, lo que no pueden ser tenida como cosa distinta a órdenes, conforme al dicho coincidente de los testigos Julio Germán Abello, Miguel Arias Cárdenas y Félix Eduardo Cendales Nieto, quienes al unísono fueron coincidentes en señalar que el accionante era coordinador respecto de la operación de Indega S.A., prestó sus servicios en las instalaciones de dicha empresa y que en ejercicio de sus funciones recibió y acató ordenes impuestas por Cesar Molina, persona que de conformidad con el dicho de Félix Eduardo Cendales se encontraba directamente vinculado con Indega S.A. desde hace 30 años.

De otro lado, evidencia el Tribunal que en el asunto bajo examen no se cumplieron los presupuestos previstos en el artículo 34 del Código sustantivo de Trabajo, toda vez que no se prueba que Contactamos Servicios Limitada ejecutara las labores con sus propios medios, sin utilizar los de la empresa contratante, pues lo cierto es que incluso el testigo Johans Olaya Gerente vinculado directamente con Indega S.A., dijo que se le habían asignado unas oficinas Contactamos para realizar la operación.

Con todo, ningún esfuerzo realizó la demandada por demostrar que los bienes con los cuales Contactamos ejecutaban la operación eran de propiedad de esta o que perteneciendo a Indega S.A. fueran utilizados en virtud de algún contrato civil o comercial, pues, se insiste ningún medio de convicción obra al respecto. Así las cosas, no se encuentra probado que

Contactamos Servicios Limitada gozara de una estructura empresarial propia y de un aparato productivo especializado que le permitiera por su propia cuenta y riesgo, es decir, de manera autónoma manejar la operación en Indega S.A. Conforme a lo anterior, resulta claro que Contactamos Servicios Limitada, empresa a través de la cual se contrataron los servicios del actor, fungió como mera intermediaria.

Al respecto, conviene precisar que el inciso 2º del artículo 35 del Código Sustantivo de Trabajo dispone que se consideran simples intermediarios *“aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen **locales, equipos, maquinarias, herramientas** u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.”*. En este contexto, se itera es claro que la demandada no demuestra la calidad o negocio jurídico en virtud del cual la demandada utilizó al menos oficinas dentro de la planta de Indega S.A.

De otra parte, es importante precisar que la actividad de suministro de mano de obra solo puede ser desarrollada por empresas de servicios temporales constituidas con ese objeto social y autorizadas por el Ministerio del Trabajo, en sentido, de realizarse el suministro por entidades sin dicha calidad, sean cooperativas, precooperativas o sociedades comerciales u otro tipo de creación jurídica, es ilegal (SL 2667 de 2020). No obstante, en el presente caso ni si quiera se demostró cual era el objeto social de Contactamos Servicios Limitada.

En cuanto a la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como una de las formas de organización de la producción en virtud de la cual se hace un encargo a un tercero de ciertas partes u operaciones del proceso productivo, éstas son legítimas en el orden jurídico; no obstante, frente a su utilización, la jurisprudencia ha señalado que *“(…)no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos*

*y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades. La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.”. (CSJ SL 467 de 2019).*

Por eso, cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos, sino para evadir la contratación directa, se presenta la intermediación laboral ilegal.

Al amparo de las anteriores reflexiones, y conforme a los medios de convicción analizados por esta Colegiatura, no queda duda que el demandante Victor Alexander Hurtado Tovar se desempeñó de manera subordinada como coordinador de operaciones en el área operativa de Indega S.A., bajo el cumplimiento de los turnos de trabajo asignados por ésta.

Ahora bien, aunque la parte actora solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 31 de mayo de 2007, lo cierto es que el demandante faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, pues no prueba la forma en que prestó sus servicios a partir de esta fecha, pues aunque el testigo **Julio Hernán Abello** Pinzón, manifiesta que conocía el demandante desde **mediados del año 2000**, prestando sus servicios a Indega S.A, primero en la planta norte y después como en el año 2013, no señaló en qué periodos, y en todo caso, aseguró que trabajaron en plantas diferentes.

Así las cosas, de conformidad con el contrato por obra o labor contratada, y los certificados de folios 32 y 33, el certificado de cuenta individual del accionante visible a folios 29 y 30, se tendrá como fecha inicial del contrato el 1º de octubre de 2008.

## 2. Del fuero circunstancial

Determinada la existencia del contrato de trabajo entre las partes, pasa la Sala a validar si el demandante para el momento del despido estaba amparado por fuero circunstancial, en consecuencia, procede su reintegro. Aquí vale la pena señalar que en el acápite de pretensiones no se relaciona la aspiración del reintegro derivado del fuero circunstancial, no obstante, en los hechos de la demanda se indicó que estaba afiliado a las organizaciones SINTRAINDEGA y SINALTRAPACOL, que gozaba de fuero circunstancial, pues para el 19 de mayo de 2016 estas organizaciones y la empresa estaban en conflicto colectivo, además señaló que el 16 de junio de 2010 SINALTRAPACOL presentó pliego de peticiones, hechos estos que fueron aceptados por la demandada al contestar en libelo introductorio. Además, en el hecho décimo octavo se indica que el accionante goza de fuero circunstancial. En consecuencia, esta Corporación si está facultada para analizar el asunto como quiera que fue objeto de la demanda.

Sobre la protección del fuero circunstancial, el artículo 25 del Decreto 2351 de 1.965 establece:

*“Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la prestación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.”*

A su vez el Decreto reglamentario 1469 de 1978 artículo 36 señala:

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

Conforme lo anterior, el fuero circunstancial ampara al trabajador para no ser despedido sin justa causa desde el momento de la presentación del pliego de peticiones, hasta la solución del conflicto colectivo mediante la suscripción de una convención o pacto colectivo, o con la ejecutoria del laudo arbitral, o en aquellos casos en donde se verifique la terminación anormal del conflicto colectivo.

Así, en los términos de las normas legales indicadas, el fuero circunstancial opera en el marco de un conflicto colectivo y tiene lugar desde el momento de la presentación del pliego de peticiones al empleador hasta que el conflicto se haya solucionado. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3344-2020, adoctrinó que:

*“Desde un punto de vista teleológico, el fuero circunstancial es la garantía de que gozan los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados a no ser despedidos con ocasión de un procedimiento de negociación colectiva. Su finalidad es la protección de los trabajadores frente a represalias antinsindicales orientadas a lesionar el derecho a la negociación colectiva en el ámbito empresarial. De esta forma, el fuero circunstancial es una medida legal encaminada a hacer real el principio derivado del Convenio n.º 98, según el cual ninguna persona debe ser objeto de discriminación o perjudicada «en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en **actividades sindicales**»*

Al punto, comienza el Tribunal por señalar que se encuentra acreditada la existencia de la organización sindical Sindicato Nacional de Trabajadores de la Empresa Panamco Colombia S.A. – SINALTRAPACOL, de conformidad con la certificación expedida por la coordinadora del grupo de archivo sindical del Ministerio de la Protección Social visible a folio 493, organización que cuenta con categoría de primer grado y de empresa.

Ahora bien, Indega S.A. a solicitud de la parte actora y por requerimiento realizado por el juzgado en audiencia celebrada el 13 de diciembre de 2018, anexa la sentencia SL 11218-2017, mediante la cual se decidió el recurso de anulación formulado por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Empresa Panamco Colombia S.A. contra el laudo

arbitral proferido el 23 de febrero de 2015, por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio que dirimió el conflicto colectivo económico de trabajo suscitado con Industria Nacional de Gaseosa Indega S.A. (f.° 386 y 387). En esta providencia queda consignado en el acápite de antecedentes que:

*“La organización sindical SINALTRAPACOL presentó el 12 de junio de 2010, pliego de peticiones a la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., contenido de 26 puntos; durante la etapa de arreglo directo, las partes no llegaron a ningún acuerdo, razón por la cual, el Ministerio de Trabajo, con Resolución n.° 1956 del 19 de septiembre de 2012, ordenó constituir un tribunal de arbitramento para que estudiara y decidiera el conflicto de trabajo existente; y , finalmente, mediante Resolución n.° 4321 del 30 de septiembre de 2014, se designó el tercer árbitro.*

*El Tribunal se instaló el 20 de noviembre de 2014, y acordó que sesionaría desde esa fecha, y además, solicitar a las partes una prórroga de 60 días hábiles para los efectos de proferir el respectivo laudo arbitral. Durante el trámite arbitral, recaudó las intervenciones de los representantes de la empresa, y luego los del sindicato, diligencia que se llevó a cabo el 1° de diciembre de esa anualidad, quienes ratificaron la prórroga solicitada”*

Bajo ese panorama, se advierte que el conflicto colectivo de trabajo inicia el 12 de junio de 2010, cuando el Sindicato de Trabajadores presenta el pliego de peticiones a la demandada, el cual finaliza el 15 de agosto de 2017, momento en que se fijó el edicto de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 12 de julio de 2017, en el que se decide el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral (f.° 427 a 467).

En ese horizonte, para el 9 de mayo de 2014 cuando el accionante fue despedido sin justa, el conflicto colectivo se encontraba en curso, no obstante, el despido del accionante no deviene en ineficaz, por lo que no es procedente ordenar su reintegro por las razones que se pasan a explicar.

Se encuentra demostrado con los documentos allegados por la demandada que el accionante se afilia a SINALTRAPACOL el 9 de mayo de 2014 (f.° 397). También que la notificación de este acto a Indega S.A., se hizo el mismo 9 de mayo de 2014, a las **11:58 a.m.** (f.° 396). Igualmente,

según consta en comunicación de folio 27 aportada por la parte demandante, Contactamos decidió poner fin de manera unilateral y sin justa causa al vínculo laboral a partir del 9 de mayo de 2014, documento en el cual se puede leer la siguiente inscripción:

*“El trabajador se niega a recibir este documento y sus anexos a las **10:50 a.m. el 9 de mayo de 2014.** Firma como testigo: Katherine Romo cc 1047228736 Maryory Lizeth González cc 1031153576” (negrilla fuera del texto).*

En ese orden, resulta claro que para el momento en que el promotor del juicio fue despedido, esto es, 9 de mayo de 2014 a las **10:50 a.m.**, Indega S.A. no conocía que el demandante era miembro de SINALTRAPACOL, hecho que fue comunicado con posterioridad, a las **11:58 a.m.**. El anterior hecho, se reafirma con el memorial allegado por el demandante, por medio de la cual puso en conocimiento la afiliación del demandante a SINTRAPACOL, que al igual que al allegado por la demandada a folio 396, contiene sello de recibido de Indega S.A., el 9 de mayo de 2014 con la inscripción de la hora 11:58 a.m. junto al sello, además se verifica constancia y sello de recibido de Contactamos a las 12:52 p.m. de la misma fecha (f.º 491).

También aporta la accionante certificación suscrita por Jorge Alirio Vargas Rincón como Presidente Seccional SINALTRAPACOL – Bogotá en la que indica:

*“El señor **VÍCTOR ALEXANDER TOVAR** identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.973.128 de Bogotá al momento del despido por parte de INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., se encontraba afiliado a la organización sindical SINALTRAPACOL, en el mismo sentido certifico que para ese momento del despido el SINDICATO SINALTRAPACOL y la empresa INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., se encontraban en conflicto laboral colectivo.”*

Del análisis en conjunto de las pruebas allegadas, estima la Sala que Indega S.A. o Contactamos Servicios Limitada, para el momento del

despido no conocían de la calidad de trabajador sindicalizado del demandante y que esta fue la que condujo a la terminación unilateral del vínculo laboral sin justa causa, pues la notificación al empleador se dio con posterioridad.

En consecuencia, en el asunto bajo examen el fuero circunstancial reclamado no opera, pues a pesar de demostrarse el despido dentro del la existencia de un conflicto económico, no se corrobora con ningún medio, el conocimiento previo del empleador de la condición de afiliado al sindicato del señor Víctor Alexander Hurtado Tovar, ello, en el entendido que la organización sindical debía comunicar al empleador las personas que lo integran y solo así, la protección se tornaría eficaz.

Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación n.º 39453 de 10 de julio de 2012, reiterada SL 2630 -2020, explicó:

*“Hecha la anterior precisión, es pertinente recordar que justamente la razón para no acceder el ad quem al reintegro impetrado es que consideró que si bien el actor se afilió al sindicato antes de su despido y con posterioridad a la presentación del pliego, esta situación no se informó al empleador, ni se demostró que este conociera de la misma por cualquier medio probatorio, por lo que el despido producido no podía tener como consecuencia el reintegro derivado de la protección establecida en el artículo 25 ya citado.*

*Ya la Corte se ha ocupado de tal tema, tal como lo resaltó el fallo acusado, y en sentencia de julio 2 de 2008, radicado 31.945 señaló:*

*Pese a que el actor se afilió al Sindicato el 18 de noviembre de 1998, es decir un mes antes de la suscripción de la convención colectiva de trabajo que le puso fin al conflicto, es claro que no aparece que el empleador hubiera tenido conocimiento de la afiliación tal como claramente se desprende del testimonio de Nicolás Castro Olaya. Ese conocimiento era indispensable acreditarlo, pues la empresa tenía que saber finalmente cuáles eran los trabajadores que estaban afiliados al sindicato al momento de la presentación del pliego, y los que lo hicieron durante el trámite del conflicto colectivo.*

**La autonomía sindical, de acuerdo con la ley, no es argumento válido para concluir que una organización sindical no deba comunicar a la empleadora el nombre de sus afiliados, pues la afiliación a una organización sindical no puede ser secreta. Por el contrario es una situación que debe ser de público conocimiento en una empresa y mucho más cuando está de por medio la alegación de un fuero circunstancial.**

*“La circunstancia de que el actor hubiera estado en vacaciones cuando se afilió, y que por ello no había lugar a que se le efectuara descuento alguno, tampoco puede ser una razón legítima para avalar la **conducta omisiva de la organización sindical** de comunicar a la empleadora la afiliación del demandante. **Así como es dable admitir el conocimiento patronal de los afiliados a un sindicato al momento de la presentación de un pliego de peticiones por parte de dicha organización sindical, ese conocimiento no puede comprender a quienes ingresan como afiliados durante la tramitación del conflicto cuyos nombres la empresa desconoce debido al silencio de la parte interesada al respecto.** Para la protección de un despido en un conflicto colectivo, es necesario que se acredite, obviamente con cualquier medio probatorio ordinario, el conocimiento a la empleadora de la afiliación de un trabajador al sindicato que promovió el conflicto. Sólo así esa protección será eficaz, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales que se esbozaron en la referida sentencia del 28 de febrero de 2007, atrás reproducida en lo pertinente”. (Negrilla y subraya fuera del texto).*

En ese horizonte, la parte accionante no cumple con el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues se insiste que, para poderse beneficiar del fuero circunstancial era necesario acreditar que el empleador tuviera conocimiento de la condición de afiliado de manera previa al despido, a efectos de comprender al demandante como parte de aquellos trabajadores que presentaron al empresario un pliego de peticiones.

Por tal motivo, no es procedente declarar ineficaz el despido con el consecuente reintegro, por lo que pese a declararse la existencia del contrato de trabajo, no se impondrán condenas a la demandada Indega

S.A., dado que las solicitadas se derivan de la reinstalación al puesto de trabajo.

No se causan costas en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada.

#### V. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

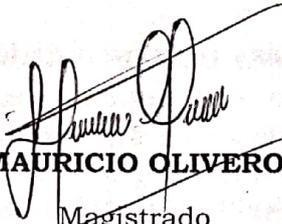
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 15 de octubre de 2019, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** que entre el demandante **Víctor Alexander Hurtado Tovar** y la **Industria Nacional De Gaseosas Indega S.A.** existió un contrato de trabajo a partir del 1º de octubre de 2008 hasta el 9 de mayo de 2014, conforme quedó explicado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada **Industria Nacional De Gaseosas Indega S.A.** y a la llamada en garantía de las pretensiones condenatorias incoadas en su contra.

**TERCERO:** Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de **Industria Nacional De Gaseosas Indega S.A.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada

*Subsistente*



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 036 2016 00415 02  
**DEMANDANTE:** RUBEN ORLANDO AGUIRRE BONELL  
**DEMANDADO:** SURTIDORA DE AVES SUCURSAL LTDA

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad, el 5 de noviembre de 2019.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada a partir del 29 de septiembre de 2013 al 7 de abril de 2016. En consecuencia, se condene al pago total de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones. Asimismo, se condene al pago de la indemnización por despido injusto, la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, la sanción moratoria por la no consignación total de las cesantías, a la reliquidación de aportes pensionales, al pago de la indemnización por pérdida de la capacidad laboral (35%), más las costas del proceso (f.º 172 a 181).

En respaldo de sus pretensiones, narró que, mediante contrato de trabajo verbal, el 29 de septiembre de 2013 comenzó a prestar sus servicios a la demandada, en el cargo de asesor logístico motorizado,

atendiendo mesas en el restaurante y los domicilios, de lunes a domingo de 6:00 am a 6:00 pm. Señaló que el salario que se pactó fue de un básico mensual de \$650.000 más 10% de comisiones por ventas, lo que constituía un salario promedio mensual de \$1.600.000, teniendo en cuenta las horas extras laboradas.

Contó, que no fue afiliado a seguridad social; que el 26 de diciembre de 2013 estando al servicio de la encartada, sufrió un accidente de trabajo, que ante la falta de afiliación no fue reportado ante la ARL, lo que impidió que tuviera atención médica completa, el pago de las indemnizaciones y que pudiera rehabilitarse. La afiliación se informó, se realizó de manera extemporánea. Sostuvo que la Junta Regional e Calificación de invalidez le calificó una pérdida de capacidad laboral del 36.09%, que corresponde a \$11.720.718, monto que debe ser asumido por la demandada por la no afiliación oportuna.

Expone, que el empleador no le pagó en forma completa las prestaciones sociales adeudando las correspondientes del 29 de septiembre de 2013 al 28 de febrero de 2014, y los salarios de enero y febrero de 2014. Cuenta que el 1º de marzo de 2014, el empleador le hizo firmar un contrato de trabajo. Además, afirma que a la finalización del contrato el empleador no le canceló el valor total de las prestaciones sociales y salarios. Dijo, que el 5 de abril de 2016, el demandado lo citó a descargos, no obstante, gozaba de las incapacidades que le fueron otorgadas por SURA hasta el 6 de abril de 2016, situación que comunicó al empleador para justificar su inasistencia a los mismos, sin embargo, aduce que fue despedido sin justa causa el 7 de abril de 2016 (f.º 165 a 171).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a todas las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó los relativos a el control de entrada y salida, que no reportó el accidente de trabajo, así como el no pago de salarios de enero y febrero de 2014, el no pago de las prestaciones sociales desde el 29 de septiembre de 2013 al 28

de febrero de 2014, la entrega de la orden para el examen médico de egreso y la liquidación final.

En su defensa, propuso la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litis consortes necesarios y, de fondo, de prescripción, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones reclamadas y genérica (f.º 195 a 205).

Mediante auto del 13 de agosto de 2018 se declaró no probada la excepción previa (f.º 315-316), decisión que fue confirmada el 28 de noviembre de 2018 por esta Corporación (f.º 322-323).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de noviembre de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes a partir de 3 de noviembre de 2013 al 7 de abril de 2016; condenó al pago de cesantías (\$319.014,99), intereses a las cesantías (\$12.335,25), prima de servicios, vacaciones (\$159.507,49), sanción por no consignación de cesantías (\$24.899.467,99), a la indemnización moratoria (\$22.981 diarios a partir del 7 de abril de 2016 y hasta que se verifique el pago), a la indemnización por despido injusto (\$1.346.965,25). Igualmente, dispuso el pago del cálculo actuarial del periodo del 1º de mayo de 2014 al 7 de abril de 2016, las costas (\$3.500.000) y absolvió de lo demás.

Como sustentó de su decisión, señaló en cuanto a la existencia del contrato de trabajo, que con las planillas de turnos se verificaba que por lo menos desde el 3 de noviembre de 2013 el actor prestó sus servicios a favor de la accionada de manera continua; frente al salario, encontró que para el año 2013 lo fue de \$1.362.094, y para los años 2014 y 2015 el salario mínimo, pues no se aportó prueba que demostrara un mayor valor. Indicó respecto de las prestaciones sociales y vacaciones solicitadas hasta antes del 28 de febrero de 2014, era procedente su condena al no

verificarse el pago, en cuanto a las causadas desde marzo de 2014, dijo no ser procedente su reliquidación porque no se acreditó que el demandante devengara más del salario mínimo para esos periodos. Frente a la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, señaló que las pruebas demostraban de manera fehaciente la prestación personal del servicio desde los primeros días de noviembre de 2013, lo cual intentó desconocer la accionada, lo que no podía considerar de buena fe, por ello, al encontrar acreditado que el último salario fue el mínimo, condenó al pago de un día de salario a partir del 7 de abril de 2016 hasta que se verificara el pago de las prestaciones sociales. Con igual sustento, condenó al pago de la sanción por no consignación de las cesantías.

En lo que respecta al despido, dijo que los motivos que adujo la encartada en la carta de despido relativos al incumplimiento sistemático injustificado del trabajador no estaban suficientemente probados, pues conforme las pruebas el empleador tuvo conocimiento de las incapacidades otorgadas al trabajador, por tanto, condenó al pago de la indemnización por despido injusto. Lo que tiene que ver con la indemnización por la pérdida de la capacidad laboral, señaló que ésta solo procedía en enfermedad profesional o accidente de trabajo, por lo que no era procedente la condena teniendo en cuenta que la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó que la patología del demandante era de origen común. De los aportes a pensión, dijo que al haberse cancelado los correspondientes a los ciclos de enero a abril de 2014, se adeudaban las de noviembre y diciembre de 2013 y desde mayo de 2014 al 7 de abril de 2016, y en ese sentido ordenó cancelar el correspondiente calculo actuarial.

Finalmente, indicó que no operó la prescripción, pues el contrato finalizó el 7 de abril de 2016 y la demanda se interpuso el 5 de agosto del mismo año, por lo cual no se afectaba ninguna acreencia.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme las partes presentaron recurso de apelación

La parte **demandante** inconforme con la decisión la apeló, para ello, atacó la absolución de la indemnización por pérdida de capacidad laboral, al argumentar que se reunió con la demandada el 28 de noviembre de 2016, y quien se comprometió a pagar la suma de \$11.700.000, incumplimiento con el acuerdo, razón por la cual ese rubro se demandó.

Por su parte, la **demandada** se duele de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo a partir de noviembre de 2013, sostuvo que hay una falta de valoración probatoria de las certificaciones laborales aportadas al plenario, con las que se evidencia que el demandante para la época en que se declara el contrato laboraba en otro lado. Que no puede imprimirles valor a unas planillas que ni siquiera estaba autorizadas por el demandado y cualquier persona que hiciera domicilios podía tenerlas. Insiste en que el contrato inició el 1 de marzo de 2014, lo cual se corrobora con las declaraciones de los testigos; además, anota que pagó todas las prestaciones al trabajador, consignó en tiempo las cesantías al fondo y que lo despidió con justa causa.

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

### IV. CONSIDERACIONES

Esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social. Por razones de método, estudiará inicialmente el recurso de apelación de la parte demandada y luego, el del demandante.

## 1. Del extremo inicial

La encartada dirige su ataque al extremo inicial de la relación laboral que halló el juez de conocimiento, pues a su juicio, las planillas sobre las que basó su decisión no estaban autorizadas por el empleador y eran de acceso a cualquier domiciliario. Además, resalta el hecho de que conforme las certificaciones laborales aportadas, el demandante laboraba en un sitio distinto antes de la suscripción del contrato en marzo de 2014.

Para resolver lo anterior, necesario es acudir al análisis de los documentos cuestionados, esto es, las planillas que obran a folio 6 a 84 y las dos certificaciones expedidas por Envired y Comida China Express.

Frente a las **planillas**, se precisa que estos formatos contienen en la parte superior el nombre de la encartada, así como el NIT que la identifica, el cual coincide con el señalado en el certificado de existencia y representación legal (f.º 191-193 y 208 - 210); además, revisada la contestación de la demanda, no advierte la Sala que la convocada al juicio haya hecho mención alguna frente a estos documentos, en el sentido de tacharlos de falsos o desconocer su procedencia, por el contrario, se advierte que al contestar el hecho 9<sup>1</sup>, la accionada señaló *“Es cierto. Todos los empleados de la empresa llenan a diario un formato en el que relacionan la hora de entrada, la de salida, su tiempo d almuerzo y una firma, y con base en este reporte de nómina se liquida la quincena”* (f.º 196), sin ni siquiera hacer alguna aclaración o precisión encaminada a desvirtuar las planillas cuestionada o la prestación de los servicios del actor que de ella se derivaban, y ello es así, precisamente porque es consciente que el demandante sí le prestó los servicios en los periodos relacionados en ellas, pues incluso así lo confesó en el interrogatorio de parte, del que se resalta:

**Pregunta:** *Diga cómo es cierto sí o no, que el demandante le prestó sus servicios a la hoy demandada como constan en las planillas de trabajo visible a folio 6 a 84 del expediente, que solicitó al despacho se le ponga de presente para facilitar la respuesta.*

<sup>1</sup> Hecho “9) *La demandada le ordenaba a sus trabajadores entre ellos el demandante, relacionar las horas laboradas en una planilla especial, para efectuarle el pago de esas horas laboradas”*

**Respuesta: Sí**

Frente al valor probatorio de las certificaciones laborales emanadas del empleador, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666 y SL6621-2017, puntualizó que:

*“El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral”*

Luego entonces, no es admisible que la parte vencida en juicio pretenda desconocer no solo la prueba documental sino, la confesión en el interrogatorio de parte, en la que consintió la validez de esas planillas y la prestación de los servicios en las fechas que en ella se indican.

Ahora, la demandada pretende derruir lo anterior con base en los testigos, pues a su juicio, éstos manifestaron que la prestación de los servicios del demandante fue desde el 2014, lo cual no es cierto, toda vez que por ejemplo, María Yeimi Díaz dijo conocer al demandante desde el 2013 cuando iba a hacer algunos domicilios; por su parte Carlos García manifestó no recordar si el actor prestaba sus servicios como domiciliario desde septiembre de 2013; es decir, que sus declaraciones no revisten de entidad suficiente para tumbar lo que los demás medios de convicción acreditan.

De otro lado, se discute la valoración probatoria frente a las **certificaciones** expedidas por Envired y Comida China Express, porque a juicio de la encartada, con ellas se acredita que el demandante para la

época en que se declaró el contrato de trabajo -3 de noviembre de 2013-, laboraba en otro sitio.

Ahora bien, revisada la decisión de primer grado, se advierte que las certificaciones cuestionadas fueron valoradas, tanto así que en aquella oportunidad el juez dijo que con ellas se acreditaba que el demandante prestaba sus servicios como domiciliario para aquellas empresas pero, que en virtud del artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, el trabajador podía desempeñar simultáneamente varios contratos, salvo que se hubiese pactado la exclusividad de los servicios, lo cual no encontró acreditado, conclusión que se respalda por esta Corporación, pues no advierte que pese a lo certificado en ellas, el demandante estuviera impedido para prestar sus servicios a otros empleadores o empresas.

En esa medida, para la Sala no son de recibos los argumentos expuestos en la alzada, con lo que se pretende incluso desconocer situaciones que fueron confesas en el trámite de primera instancia.

Ahora, como en la apelación se insiste en que el contrato inició el 1º de marzo de 2014 y que en virtud del mismo el empleador pagó todas las prestaciones al trabajador y consignó en tiempo las cesantías a un fondo, lo cierto es que al encontrar la Sala que las condenas por estos conceptos se limitaron al periodo del 3 de noviembre de 2013 al 28 de febrero de 2014, por lo que la afirmación de la recurrente pierde sustento, pues la misma esta soportada en el proceder del empleador respecto de periodos que no fueron objeto de condena por prestaciones sociales o incluso de sanciones moratorias.

## **2. Del despido injusto**

Frente al reproche del demandado relativo a que despidió al trabajador con justa causa, es menester acudir a la misiva de despido (f.º 105-106) que señala:

Con atención, me permito informarle que la compañía ha decidido dar por terminado con justa causa el contrato de trabajo a término fijo que tiene suscrito con la empresa desde el día primero (01) de marzo del año dos mil catorce (2014) y al respecto le manifestamos:

Las razones que nos llevan a tomar esta decisión es por cuanto su falta sin justificación alguna al trabajo a dar cumplimiento a sus compromisos laborales desde el ocho (8) de enero del año dos mil dieciséis (2016), su desobediencia a acatar el reglamento interno de trabajo no es admitido y tolerado por esta empresa y como quiera en varias oportunidades de manera escrita y verbal se le requirió para que concurriera y se presentara a laborar en la compañía donde debía estar laborando y que es de su entero conocimiento que una vez terminadas sus supuestas incapacidades debía presentarse a trabajar y caso contrario pretendió desobedecer las instrucciones y las órdenes impartidas de su empleador cuando con su conducta de faltar al trabajo no se presenta desde el día ocho (8) de enero del año en curso dos mil dieciséis (2016) y hasta la fecha de hoy seis (06) de abril del mismo año dos mil dieciséis (2016), fecha en la cual, muy a pesar de los requerimientos que le hemos realizado y ante su negativa a dar sus explicaciones al presentarse a no trabajar, nos vimos en la obligación de citarlo a audiencia de descargos, citación que le fue notificada de manera personal, y usted recibió la comunicación en sus manos, audiencia que fuere programada para el día (6) seis de abril del año dos mil dieciséis (2016) a las (8:00 a.m.) ocho a.m. y esperamos hasta las nueve a.m. (9.00 a.m.), es decir una hora de espera, y usted no se presentó a rendirlos de conformidad con el reglamento interno de trabajo, entendiéndose como una conducta de MALA FE de su parte desobedecer, desatender y poner en riesgo el orden establecido en la compañía y el cumplimiento y obediencia a las normas que por ministerio de la ley le impone su empleador en su contrato de trabajo, con su actitud contraria a la ley busca burlarse y hacer lo que le plazca y sin respeto al miramiento de su contrato de trabajo que rubricara con esta compañía, su falta al trabajo se prueba con todos los documentos que en su hoja de vida están incorporados y de la misma manera son testigos su jefe inmediato y sus compañeros de trabajo de la compañía.

Es decir, que la motivación del despido lo fue la inasistencia a laborar del demandante desde el 8 de enero de 2016, situación que causa confusión, pues revisado las planillas de pago de nómina de enero, febrero, y marzo de 2016, (f.º 268 a 274), se advierte que en ellos el demandado reconoce al actor la remuneración mensual bajo la denominación de "incapacidad"<sup>2</sup>, es decir, que no desconocía la causa de la ausencia de su trabajador a prestar los servicios. De ahí, que los motivos expuestos en la misiva de despido resultan infundados, no siendo dable modificar o revocar la condena que frente a la indemnización por despido impartió el *a quo*.

### 3. Del acuerdo de pago

En lo concerniente al recurso de apelación incoado por el demandante referente a que la demandada se comprometió el 28 de noviembre de 2016 a pagarle la suma de \$11.700.000 por concepto de la indemnización por pérdida de capacidad laboral, se considera por el Tribunal que el debate jurídico puesto a consideración en la demanda, se circunscribió a que se condenara a la encartada al pago de la

<sup>2</sup> Parte inferior del documento

indemnización por pérdida de capacidad laboral, al no haber sido afiliado oportunamente al sistema general de riesgos laborales, asunto que fue estudiado por en primera instancia. No obstante, el tema del cumplimiento o cobro de la obligación que aduce el accionante adquirió la demandada el 28 de noviembre de 2016, es una cuestión que desborda el marco trazado en el presente trámite, pues, tal situación no fue el sustento de la litis, ni fue objeto de pretensión en la demanda y mucho menos fue debatido en el trámite procesal, por ende, es un asunto que no puede ser ventilado a partir del recurso de alzada. En consecuencia, la apelación del actor no prospera.

Bajo las anteriores consideraciones, la Sala considera acertada la decisión proferida en primera instancia, por lo que se confirma. Sin costas en esta instancia ante su no causación.

#### **V. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de noviembre de 2019.

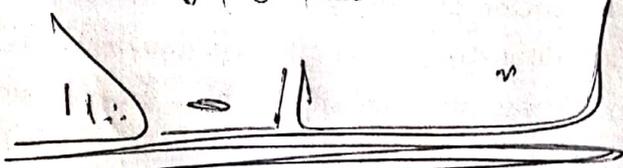
**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



**—DAVID A. J. CORREA STEER**  
Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 038 002016 00434 01  
**DEMANDANTE:** MANUEL AGUIRRE GUERRERO  
**DEMANDADO:** FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS,  
ASESORES EN DERECHO S.A.S. – MANDATARIA  
CON REPRESENTACIÓN DEL PAR PANFLOTA,  
FIDUCIARIA L APREVISORA S.A.

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

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las demandadas Federación Nacional de Cafeteros y Fiduprevisora S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad, el 8 de octubre de 2019.

**I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a los demandados a reconocer y pagar debidamente indexada indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, junto con las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de abril de 1943. Prestó sus servicios a la Flota Mercante Gran Colombiana un total de 4208 días, equivalentes a 601 semanas, desde el 15 de agosto de 1972 hasta el 27 de diciembre de 1976, después desde el 15 de marzo de 1978 hasta el 31 de agosto de 1978 y finalmente desde el 20 de diciembre de 1978 hasta el 30 de octubre de 1985.

Señaló que el 14 de julio de 2015, solicitó a Asesores en Derecho el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por el tiempo laborado en la Flota Mercante Gran Colombiana S.A., la cual fue respondida negativamente mediante Resolución 113 del 16 de julio de 2015, por la mandataria con representación, sin que se hayan interpuesto recursos de ley (f.º 1 a 11).

Al dar respuesta a la demanda, Federación Nacional de Cafeteros de Colombia señaló que las pretensiones no están llamadas a prosperar. En cuanto a los hechos, indicó que ninguno de ellos le constaba.

En su defensa, propuso las excepciones previas de no comprender la demanda a todos los Litis consortes necesarios con la Nación- Ministerio de Hacienda y Fiduciaria La Previsora S.A; ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales. Además, propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa; límite patrimonial de la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz con relación a su subordinada que entra en insolvencia (f.º 58 a 74).

La demandada Asesores en Derecho S.A.S., al dar respuesta a la demanda solicitó ser tenía únicamente como mandataria con representación del PAR PANFLOTA. Se opuso a las pretensiones y expuso que de los periodos laborados deben ser descontados los días de interrupciones y licencias y además tenerse en cuenta que para la época no existía obligación de afiliar a los trabajadores del mar.

En defensa de sus intereses propuso la excepción previa de no comprender la demanda a todos los Litis consorte necesarios y las de fondo de inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM el ISS no había asumido los riesgos de I.V.M.; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la innominada (f.º 396 a 413).

En audiencia celebrada el 27 de abril de 2018, se declaró probada la excepción de falta de integración del Litis consorcio necesario y se ordenó

vincular a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Fiduciaria La Previsora (f.º 433 y 434).

La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones. Respecto de los hechos señaló que se atiene a lo que se pruebe y en su defensa propuso las excepciones de indebida vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, inexistencia de la obligación, falta de legitimación respecto de la parte pasiva, prescripción y la excepción genérica (f.º 440 a 448).

Fiduciaria La Previsora S.A. FIDUPREVISORA S.A. contestó oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda. Señaló que ninguno de los hechos le constan y propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, responsabilidad de la matriz, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil; inexistencia de la obligación y las demás excepciones que se prueben en juicio (f.º 451 a 457).

Mediante memorial radicado el 8 de octubre de 2019, la parte demandante, allegó copia de registro civil de defunción del promotor del juicio que da cuenta de su fallecimiento el día 24 de julio de 2018 (f.º 543 y 549).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de octubre de 2019, declaró que entre el demandante y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A existieron tres vinculaciones laborales en los lapsos comprendidos entre el 15 de agosto de 1972 al 27 de diciembre de 1976, entre el 15 de marzo de 1978 y el 31 de agosto de 1978 y desde el 20 de diciembre de 1978 hasta el 30 de octubre de 1985. Declaró que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. en su calidad de empleador del señor Manuel Edquener Aguirre Guerrero debía asumir el riesgo derivado de la vejez de su trabajador y debía asumir el reconocimiento de la indemnización

sustitutiva en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, pues es el mecanismo que suple el reconocimiento pensional correspondiente.

En consecuencia, condenó al Patrimonio Autónomo PANFLOTA del cual es vocera y administradora la Fiduciaria La Previsora S.A y mandataria con representación de Asesores en Derecho S.A.S., a adelantar las gestiones administrativas pertinentes con el fin de expedir el acto administrativo de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en favor del demandante y ahora de su sucesores procesales, en la proporción que en derecho corresponda, siendo del cargo del PAR PANFLOTA el pago de \$4.710.338, debidamente indexada.

Declaró subsidiariamente responsable del pago de la obligación al Fondo Nacional del Café del cual es administradora la Federación Nacional de Cafeteros, siempre que no existan recursos en el PAR panflota del cual es vocera FIDUPREVISORA y la mandataria con representación no cuente con recursos. Absolvió a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público de las pretensiones elevadas en su contra (f. º61).

En sustento de su decisión, indicó que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que los tiempos en los que no existía la obligación de afiliar a los trabajadores, los empleados tienen que responder con el respectivo cálculo actuarial para constituir la pensión de vejez. Indicó que mediante una ficción jurídica en los términos del artículo 2º del Decreto 1730 de 2001, se debe tener al empleador como si fuera una administradora de pensión que tiene a su cargo el reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

**La demandada Federación Nacional de Cafeteros** arguyó que la sentencia debe ser revocada en su integridad, porque el Juez en excesivo uso de sus poderes procedió a declarar la responsabilidad subsidiaria, sin

que la misma haya sido planteada en la demanda. En todo caso, alegó que en segunda instancia debe realizarse un nuevo estudio sobre la responsabilidad subsidiaria, tomando en consideración el material probatorio con el cual se evidencia que la penosa situación que debió afrontar la extinta Flota Mercante y que condujo finalmente a su liquidación nada tuvo que ver con decisiones adoptadas por la Federación. Alegó que en el nuevo estudio debe tenerse en cuenta la naturaleza y características propias del Fondo Nacional del Café administrado por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

De otro lado, alegó que los servicios fueron prestados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1730 de 2001, que reglamentó el artículo 37 de la primera norma. Expuso que mediante Decreto 4640 de 2005 se dispuso que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez estaría a cargo de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, connotación de la cual no gozan ninguna de las demandadas. Alegó que el demandante no se encuentra en ninguna de las situaciones en que el empleador tendría que asumir el riesgo de vejez y por lo tanto el recogimiento de la indemnización sustitutiva que fue ordenada en la sentencia. Expuso que el demandante se afilió por su cuenta a Colpensiones en el año 1992, por lo que la llamada a asegurar y ocuparse de la pretendida indemnización sustitutiva no es otra que Colpensiones.

A su turno, **la demandada Fiduciaria la Previsora S.A.** argumentó que la sentencia de primera instancia se impusieron obligaciones adicionales a las contraídas en el contrato de fiducia mercantil de conformidad con el artículo 1642 del Código Civil, olvidando que fideicomitente gira unos recursos con el objeto de que la fiducia los pague nada más, no se constituyen con el fin de que se adicionen obligaciones a posteriori, como lo admite un patrimonio autónomo de remanentes. En consecuencia, expone que el juez ni siquiera aun en uso de sus facultades *ultra y extra petita* puede imponer obligaciones por fuera de las contratadas.

De otro lado, señaló que no se demostró que el demandante hubiere presentado sus acreencias en el proceso liquidatorio para que el liquidador dispusiera de los pagos a que hubiere lugar.

Para resolver los recursos presentados, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

#### **IV. CONSIDERACIONES**

##### **1. DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**

###### **1.1 De la responsabilidad subsidiaria.**

Por razones de método, se abordara en primer lugar el recurso interpuesto por la Federación Nacional de Cafeteros. Señala que el juzgado en excesivo uso de sus poderes procedió a declarar la responsabilidad subsidiaria, sin que la misma haya sido planteada en la demanda. En todo caso, alegó que en segunda instancia debe realizarse un nuevo estudio sobre la responsabilidad subsidiaria, tomando en consideración el material probatorio con el cual se evidencia que la penosa situación que debió afrontar la extinta Flota Mercante y que condujo finalmente a su liquidación nada tuvo que ver con decisiones adoptadas por la Federación.

Frente al particular, se advierte que el juez está llamado a interpretar y analizar el texto completo de la demanda, a fin de establecer si se reúnen o no los presupuestos exigidos por la ley procesal para la viabilidad de la acción ejercida, dentro de los límites que le impone la prohibición de sustituir la voluntad de las partes y traspasar el límite del debido proceso.

En el presente asunto, aunque en el acápite de pretensiones no se solicita declarar la responsabilidad solidaria de la Federación Nacional de Cafeteros, en el aparte de consideraciones de la demanda se explica que como administradora del Fondo Nacional del Café si está llamada a

responder por la indemnización sustitutiva en razón de las obligaciones impuestas por la Corte Constitucional en sentencia SU 123 de 2001.

En consecuencia, no es cierto que el Juez se haya extralimitado en sus funciones, pues para dilucidar el problema jurídico e imponer condenas debió determinar si la Federación estaba o no llamada a responder. Sentado lo anterior, pasa a verificar como fue solicitado en la apelación si realmente se configura la mencionada responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros

Para abordar este tópico, resulta pertinente determinar cuál fue la relación jurídica entre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., cuya liquidación obligatoria se declaró terminada por parte de la Superintendencia de Sociedades mediante el Auto No. 400-010928 del 28 de agosto de 2012, adicionado por los Autos Nos. 400-16211 del 22 de noviembre de 2012 y 400-17782 del 18 de diciembre del mismo año (f.º 488 a 491).

Pues bien, dado que la terminación del proceso liquidatorio de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. marca el momento en que se puede reclamar la declaración de la responsabilidad subsidiaria, importa destacar acerca de la condición de sociedades matriz y subordinada, establecida en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, subrogados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, que no admite discusión alguna, en tanto fue asentada de antaño por la propia FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, quien a través de comunicación del 29 de abril de 1998, informó a la Cámara de Comercio de Bogotá que:

*“en condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con recursos de éste, la Federación tiene el ochenta por ciento (80%) de las acciones de la sociedad actualmente denominada Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. (...) Dado lo expresado en el punto anterior, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. se encuentra en la situación de subordinación establecida en el por el (sic) artículo 27 de la Ley 222 de 1995, respecto de la Federación*

*Nacional de Cafeteros de Colombia, en tanto ésta obra en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café, por cuanto, en la condición dicha, es titular del más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones de la mencionada sociedad anónima. Por lo tanto, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. es una filial de la Federación, en cuanto ésta obra como administradora del Fondo Nacional del Café. En consecuencia, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, mediante el presente documento se procede a inscribir en el registro mercantil la mencionada situación de control.” (f.º 420 y 421).*

Dicho acto fue anotado oportunamente en el registro mercantil, según da cuenta el certificado de existencia y representación legal obrante a folio 422.

Acerca de la estructuración de la responsabilidad subsidiaria a cargo de la sociedad matriz, el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, pero vigente durante el año 2000 cuando se ordenó la liquidación obligatoria de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., establecía:

**“ARTICULO 148. ACUMULACION PROCESAL.**

(...)

**PARAGRAFO.** Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. **Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente.”**

De lo expuesto se sigue, que el precepto en cita presume que el estado concursal de la sociedad subordinada obedece a las actuaciones de la matriz o controlante o sus vinculadas, salvo que éstas demuestren que se generó por causas distintas. Por tanto, resulta claro que la presunción contenida en la norma admite prueba en contrario de parte de la sociedad matriz o sus vinculadas, por lo que se requiere verificar si la FEDERACIÓN DE CAFETEROS acompañó prueba que le permita desvirtuar suficientemente la presunción que obra en su contra, respecto a las

actuaciones que condujeron a la liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.

En este orden, se observa que la Federación alega como principal argumento para ser eximida de la responsabilidad subsidiaria, que el infortunio empresarial de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. obedeció a las decisiones asumidas por el Estado mediante la Ley 7 de 1991 y los Decretos 501 de 1990 y 2327 de 1991, que dispusieron la supresión de la "reserva de carga" que la benefició hasta ese momento, consistente en tener la exclusividad para transportar el 50% de la carga entrante y saliente del territorio nacional. Para tales efectos, se apoya en el "Estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana", documento de cuyo origen y autenticidad dieron cuenta sus autores mediante la declaración obrante a folio 308, y que de acuerdo a los artículos 54A parágrafo del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, es susceptible de valoración en tanto las partes a quien se opone no solicitaron su ratificación.

Ahora, en cuanto al valor probatorio del referido estudio, importa destacar que el hecho de haberse elaborado por solicitud de la propia Federación, quien ahora pretende beneficiarse de su contenido, en principio, relativiza su objetividad y acierto; sin embargo, será analizado por la Sala, dado que las conclusiones que la Federación Nacional De Cafeteros pretende asignarle, resultan equivocadas.

El referido estudio indica que la **eliminación de la reserva de carga** fue apenas uno de los tantos factores que, antes de la adquisición por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, incidió en el decrecimiento económico de la entonces Flota Mercante, pues incluso durante los 13 años precedentes a la abolición de aquella prerrogativa (1979 - 1991), la participación de la Flota en el comercio exterior de Colombia fue disminuyendo progresivamente, debido a otros factores como la revaluación del peso frente al dólar, la reducción de las tarifas de los fletes internacionales y el auge del transporte multimodal frente a la precariedad

de su flota, lo cual conllevó inclusive, a que el comercio exterior del país creciera en la misma medida que el volumen movilizado por la Flota Mercante disminuía, pese a la existencia de la reserva de carga

De esta manera queda evidenciado que la eliminación por mandato legal de la reserva de carga, además de ser un hecho anterior al ingreso de la Federación Nacional de Cafeteros como socio mayoritario de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. ni siquiera es la causa que generó el descalabro económico de esta última.

Por otro lado, el citado *“Estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana”*, refiere entre las diversas causas de la liquidación de la CIFM, algunas inversiones o decisiones que no produjeron los resultados esperados por ésta en materia de capitalización, correspondientes a: **i)** la asunción de las pérdidas generadas por la empresa Transportación Marítima Grancolombiana (TMG), a la cual se adhirió como socia minoritaria (40%) tras reformar sus estatutos y abandonar la actividad de transporte marítimo; **ii)** la negativa de su accionista principal (FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS) a las soluciones de inversión y capitalización propuestas en el año 1998, para en su lugar, privilegiar la capitalización del Banco Cafetero con recursos del Fondo Nacional del Café; **iii)** el retardo en la venta de las acciones de ACES S.A., por circunstancias ajenas a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., cuya compra oportuna por un inversionista extranjero se vio frustrada, y; **iv)** el apoyo económico dado por la CIFM a algunas de sus empresas subsidiarias, pertenecientes al grupo de transporte multimodal que existía antes de su renuncia al transporte marítimo, y que no le reportaron utilidades a partir de su transformación en la Compañía de Inversiones (Cuaderno anexo estudio sobre viabilidad).

De lo expuesto, se advierte que la Federación Nacional de Cafeteros como sociedad matriz, incurrió por vía de acción y omisión en algunas conductas que le reportaron pérdidas o al menos un estancamiento

económico a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., por lo que se concluye que **no** desvirtuó la presunción establecida en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

Así mismo, importa advertir que pese a su naturaleza jurídica<sup>1</sup>, la Federación Nacional de Cafeteros se encuentra sometida al cumplimiento de la norma antes citada, así como al de todas las que integran el régimen mercantil, pues evidentemente ostenta la calidad de comerciante indicada en el artículo 10 del Código de Comercio, en tanto desplegó frente a la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., cuando menos, aquella actividad mercantil prevista en el numeral 5º artículo 20 de dicho ordenamiento, correspondiente a *“La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones”*, situación que aunada a la presunción de ejercicio del comercio que señala el artículo 13 ibidem *“cuando se halle inscrita en el registro mercantil”* sin duda confirman que sus actuaciones como socia de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. están reguladas por el derecho comercial

Ahora, en cuanto a la **posibilidad de afectar los recursos del Fondo Nacional del Café** para pagar obligaciones a cargo de la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., la Corte Constitucional determinó que sí es viable, a través de la Sentencia SU – 1023 de 2001, en la que se expuso:

*“16. Desde otra óptica, la Federación Nacional de Cafeteros se opone a la afectación de los recursos del Fondo Nacional del Café y/o de la Federación para asumir el pago de las mesadas a favor de los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues considera, frente a la afectación de los recursos del Fondo, que se trata de recursos parafiscales, los cuales pueden destinarse únicamente a los fines que señale la ley sin que en ellos se encuentre el pago de pasivos pensionales; de otra parte,*

---

<sup>1</sup>. De acuerdo al artículo primero de sus Estatutos, la FNCC es una institución de carácter gremial, integrada por los productores de café del país que acrediten dicha condición en la cédula cafetera y cumplan las formalidades que determinen el Congreso Nacional de Cafeteros, el Comité Directivo y los presentes Estatutos; tiene por objeto orientar, organizar, fomentar y regular la caficultura colombiana procurando el bienestar del caficultor a través de mecanismos de colaboración, participación y fomento de carácter económico, científico, tecnológico, industrial y comercial, buscando mantener de capital social estratégico de la caficultura colombiana.

frente a la vinculación de la Federación, expresa que no existe ningún vínculo laboral entre la Federación Nacional de Cafeteros y los trabajadores o los pensionados de la Flota Mercante.

Sin embargo, la Corte no admite este argumento pues existen dos presupuestos fácticos, acordes con la naturaleza de las rentas parafiscales, que permiten la afectación de los recursos de la Federación Nacional del Café - Fondo Nacional del Café en esta oportunidad. En primer lugar, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros en la Flota Mercante tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron a su favor actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano, y las inversiones en la Flota Mercante así lo evidenciaron en su momento. En segundo lugar, la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señale la ley tiene una relación de doble vía, comprendida como la oportunidad que tienen los destinatarios de beneficiarse de las rentas o utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso.”

Del mismo modo, frente al alcance de la responsabilidad subsidiaria en relación con la calidad de accionista de la Federación Nacional de Cafeteros, la Sala no desconoce el contenido del artículo 252 del C. de Co., en cuanto establece la improcedencia de las acciones de terceros contra los socios por sus obligaciones sociales en la sociedad anónima; tampoco lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a esa situación, en el sentido que *“La razón para ello es que en las sociedades de capital, el accionista no compromete su responsabilidad en iguales condiciones a las de un socio de las sociedades de personas, pues mientras en aquellas no hay acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales, de conformidad con las previsiones del artículo 252 del Código de Comercio, en éstas, los miembros que conforman la sociedad son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, tal como lo prevé el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que tal norma responsabilice a los accionistas por las obligaciones laborales surgidas, dado que el sujeto de los derechos y obligaciones es el ente social”* (Sentencia 28443 del 22 de agosto de 2007).

Conforme a las anteriores consideraciones, encuentra esta Colegiatura que la Federación Nacional de Cafeteros está llamada a responder de manera subsidiaria con cargo a los recursos del Fondo

Nacional del Café por las obligaciones que con sus trabajadores tenía la extinta Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.

### **1.2. De la Indemnización sustitutiva.**

Argumenta la Federación Nacional de Cafeteros en otro punto de apelación que los servicios fueron prestados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1730 de 2001, por tanto, no es viable otorgarle la prestación reclamada.

Pues bien, respecto del derecho pretendido, el Decreto 1730 de 2001, mediante el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, dispone en el literal a) de su artículo 1º, que habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la citada ley de seguridad social integral por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, cuando el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando.

En el caso bajo examen, se tiene de conformidad con la copia de cédula de ciudadanía de folio 13, el natalicio del accionante ocurrió el 8 de abril de 1943, es decir, que alcanzó la edad de 60 años el 8 de abril de 2003, data en la cual, de no haber configurado el derecho a la pensión, tendría lugar a solicitar el pago de la indemnización sustitutiva. Por tal motivo, al estructurarse unas de las condiciones para acceder a la prestación en vigencia de la Ley 100 de 1993, si es procedente analizar la prestación sustitutiva a pesar de que los tiempos laborados se dieran con anterioridad a su vigencia. Con todo, esa sola circunstancia no puede ser un impedimento para el reconocimiento de la indemnización pretendida, dado que el artículo 2 del citado Decreto Reglamentario señala que *“Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993”*.

En consecuencia, el argumento analizado no conduce a modificar la decisión de primera instancia.

### **1.3. De la obligación del empleador de pagar directamente la indemnización sustitutiva.**

Se encuentra demostrado y no es materia de controversia, que el promotor del juicio prestó servicios a la Flota Mercante Gran Colombiana del 1º de agosto de 1972 al 27 de diciembre de 1976; desde el 15 de marzo de 1978 al 31 de agosto de la misma anualidad y, desde el 20 de diciembre de 1978 al 30 de octubre de 1985 (f.º 15). Tampoco es materia de discusión que en estos periodos el empleador no realizó la afiliación del trabajador al Instituto de Seguros Sociales por no haberse producido aun el llamado para los trabajadores del mar.

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

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

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

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

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

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

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

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

En esa línea de pensamiento, desarrollada por la Corte Suprema de Justicia que perfectamente resulta aplicable a la indemnización sustitutiva como derecho subsidiario de la pensión de vejez, encuentra la Sala que en el presente asunto no es procedente condenar a la Federación Nacional de Cafeteros a reconocer de manera directa la indemnización sustitutiva reclamada, como quiera que lo procedente es que quien tiene a cargo las obligaciones de quien fuera el empleador, constituya el correspondiente cálculo actuarial y lo traslade a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a la que se encontraba afiliado el promotor del juicio, de conformidad con la impresión de la consulta realizada por el Juzgado al Sistema Integral de Información de la Protección Social SISPRO (f.º 541).

En el mismo sentido, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto 4640 de 2005, hay lugar al pago de indemnización sustitutiva *“por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida”* calidad está que no posee ninguna de las demandadas.

Conviene señalar, además que las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva son aportes que constituyen el capital depositado en el fondo común que administra la entidad de seguridad social demandada, lo cual permanecen depositados con el fin de producir rendimientos e incrementar el fondo con que se cubren las prestaciones conforme al principio de solidaridad que rige el régimen de prima media, por ello, no es dable hacer un cálculo simple de la indemnización que correspondería por el tiempo laborado al trabajador.

De otro lado, alega el apelante que el demandante no se encuentra en ninguna de las situaciones en que el empleador tendría que asumir el riesgo de vejez, por lo tanto, el revocatoria de la indemnización sustitutiva que fue ordenada en la sentencia. También expuso que el demandante se afilió por su cuenta a Colpensiones en el año 1992, por lo que la llamada a asegurar y ocuparse de la pretendida indemnización sustitutiva es ese Ente de Seguridad Social.

Sobre el particular, la Sala acota en este punto, que las pretensiones de la demanda están encaminadas exclusivamente al reconocimiento de la indemnización sustitutiva a cargo de las demandadas. Circunstancia que impide emitir alguna orden en cabeza del empleador, en atención a que las facultades *ultra y extra petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, son exclusivas del Juez Municipal de Pequeñas Causas y del Juez Laboral del Circuito, quienes tramitan procesos de única y primera instancia, y no respecto del juez de segundo grado, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, pues recuérdese que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda y, además no puede sorprenderse a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, esta Colegiatura no puede condenar a las demandadas a pagar cálculo actuarial en favor del promotor del juicio, pues esta no fue una pretensión de la demanda.

Bastan los anteriores razonamientos, para revocar la sentencia apelada, para en su lugar, absolver a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra.

Por las resultas del proceso. La Sala se releva de atender los demás argumentos de apelación.

No se causan costas en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la parte demandante.

## **V. DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 8 de octubre de 2019, para en su lugar, absolver a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia ante su no causación. Las de primera estarán a cargo de la parte demandante.

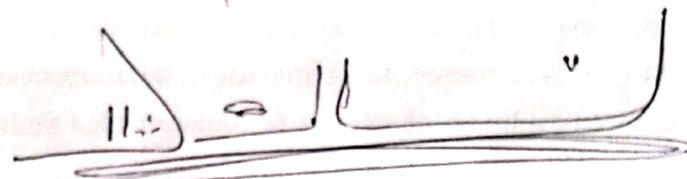
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada