



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105008201300150 01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: ACCIDENTE DE TRABAJO EN ALTURAS – NORMATIVIDAD-CULPA DEL EMPLEADOR E INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 216 DEL CST.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra de la sentencia proferida el 24 de octubre de 2018 por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **WILLIAM TAPIA Y SONIA ALEIDA JIMENEZ ROJAS**, en nombre propio y en representación de sus menores hijos **WILLIAM FELIPE, SARA SOLANGIE Y OSCAR EMMANUEL TAPIA JIMENEZ** contra la **SOCIEDAD MANUFACTURAS DELYMP SAS** y solidariamente contra la **ARP SURATEP S.A hoy SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A**, conforme la sustitución procesal que consta de folios 545 a 547.

ANTECEDENTES

WILLIAM TAPIA y SONIA ALEIDA JIMENEZ ROJAS, en nombre propio y en representación de sus menores hijos WILLIAM FELIPE, SARA SOLANGIE y OSCAR EMMANUEL TAPIA JIMENEZ promueven demanda ordinaria laboral contra la sociedad MANUFACTURAS DELYMP SAS y solidariamente contra la ARP SURATEP S.A hoy SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A, para que previa declaración que entre el señor WILLIAM TAPIA y la sociedad MANUFACTURAS DELYMP SAS existe un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, con ocasión del cual tuvo un accidente de trabajo el 17 de marzo de 2008 por culpa de aquella y de la ARP SURATEP S.A hoy SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A, como quiera que no se había implementado el programa de salud

ocupacional y seguridad conforme lo señala el CST, la ley 9ª de 1979, el decreto 614 de 1984, así como las resoluciones 2400 de 1979, 2013 de 1986 y el decreto 1295 de 1994, y por ello son solidariamente responsables; sean condenadas al pago de los daños y perjuicios por no haber implementado el programa de salud ocupacional y seguridad industrial, debiendo cancelar por lucro cesante presente y futuro la suma de \$10'712.000° M/cte correspondiente a la diferencia salarial que él como trabajador dejó de percibir como consecuencia del accidente trabajo; por perjuicios morales la suma de \$200.000.000° M/cte, valor subjetivado y discriminado así: - 50 salarios mínimos a su favor por concepto de perjuicios morales en lo correspondiente al daño moral inferido el cual le ha producido innumerables enfermedades progresivamente, lo cual ha producido un profundo dolor, angustia, llanto y tristeza, -100 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios a la vida en relación derivados del daño inferido sobre él que le ha producido innumerables enfermedades y le ha menguado notablemente su actividad familiar, laboral, de autoestima y sentimental, -50 salarios mínimos legales mensuales a favor de cada uno de sus menores hijos y de su esposa por concepto de perjuicios morales en lo correspondiente a daño moral que se les ha inferido a ellos al padecer el doloroso martirio que todos los días vive su padre como consecuencia de las enfermedades que son peores, y a las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones señaló el señor WILLIAM TAPIA, que se encuentra vinculado con la sociedad MANUFACTURAS DELYMP SAS desde el 29 de agosto de 2006, mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año en el cargo de auxiliar de mantenimiento locativo, percibiendo siempre el salario mínimo legal vigente; que el 17 de marzo de 2008 tuvo un accidente de trabajo mientras arreglaba una baranda a más de 7 metros de altura, fecha para la cual la ARP era SURATEP S.A hoy SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A, a quien se le reportó el accidente; que nunca le fue entregada la dotación de trabajo adecuada con los parámetros establecidos en las normas de seguridad industrial; que para el momento del accidente no había sido capacitado ni por la empresa ni por la ARP para realizar trabajo en alturas, ni su empleadora había implementado el programa de salud ocupacional y seguridad industrial conforme lo señala el artículo 63 del decreto 1295 de 1994; que con posterioridad al accidente de trabajo la demandada designó una nueva administradora de riesgos profesionales de nombre ARP POSITIVA, la que sólo hasta el 29 de marzo de 2011 solicitó la valoración y recomendaciones de su puesto de trabajo, pero para ese entonces los daños eran irreversibles; que para la fecha de su accidente la ARP no había hecho las visitas reglamentarias para calificar el riesgo, es así como no hizo nunca una recomendación encaminada a mejorar las herramientas de trabajo dadas por la empresa y mucho menos la asesoró para capacitar a los trabajadores en el trabajo en alturas; que presenta un estado de salud delicado que cada día

empeora más; y que es padre cabeza de hogar respondiendo por su esposa y 3 hijos menores de edad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas dieron contestación así:

MANUFACTURAS DELMYP SAS, con escrito de folios 106 a 118 se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relacionados con el vínculo laboral y el accidente de trabajo negando los restantes o manifestando no constarle y propuso las excepciones de carencia absoluta de causa, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA SA hoy SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A, con escrito de folios 392 a 399, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, manifestó no constarle la mayoría de los hechos, salvo el relacionado con el accidente laboral, con ocasión del cual le reconoció las prestaciones asistenciales y económicas a las que tenía derecho. Propuso las excepciones de Inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de causa, buena fe, cobro de lo no debido y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de octubre de 2018, resolvió absolver a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación¹ con el argumento que la normatividad

¹ “Gracias su señoría en este estado de la diligencia me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia aquí notificaba, teniendo en cuenta los siguientes fundamentos de derecho y de hecho. En cuanto a que no hubo desobediencia por parte del patrón debo señalar que si bien es cierto que el decreto 3673 del 26 septiembre de 2008 fue posterior al accidente de trabajo del señor William Tapia también lo es que anterior a estas disposiciones el Ministerio de Trabajo se acogía a las disposiciones que tenía las normas de seguridad industrial a nivel internacional donde entre las cuales se puede encontrar que en resoluciones 2400 de 1979 el Ministerio determinó cuáles eran los elementos que se debían tener para los trabajos en altura dentro de los cuales uno de ellos dentro de los 12 elementos que debe contener el trabajo en altura según este decreto es el arneses, uno de los cual era el que portaba el señor Tapia al momento del accidente, aun así y teniendo en cuenta tales disposiciones la culpa patronal recae en que no se tuvieron en cuenta tales disposiciones no se tuvo en cuenta que para tal fecha aun cuando las normas no determinaban cuáles eran los elementos y que fueron determinados con el decreto ya enunciado, también las normas generales de seguridad industrial determinaban que para que un trabajador pudiera ser trabajo en alturas debía tener las capacitaciones que para tal efecto están establecidas y que las ARL para la fecha hoy en día ARP deben tener plenamente establecidas dentro del sistema de Seguridad Social y seguridad industrial de cada una de las empresas, siendo así como quiera que efectivamente dentro de las documentales y dentro de los testimonios como ya lo había anunciado anteriormente en los alegatos se determinó que efectivamente manufacturas DELMYP no proporcionó ninguno de los 12 elementos de los cuales solamente se determinó que se había entregado una riata y un arnés del cual estaba suspendido el señor Tapia, lo que no es

que regula el trabajo en alturas no fue debidamente aplicada en la sentencia, desconociendo con ello la responsabilidad de la empleadora en el accidente laboral de su trabajador, luego del cual desmejoró su salud, pues antes del mismo nunca presentó patologías ni incapacidades.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la apoderada de la empresa demandada, coadyuvo los argumentos expuestos por el Juez Octavo Laboral en la sentencia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Punto álgido del recurso de apelación lo constituye establecer, en un primer nivel de análisis, el ordenamiento nacional o internacional que regula el trabajo en alturas y, particularmente, cuáles son los elementos que debió suministrar el empleador a su trabajador WILLIAM TAPIA para eximirse de culpa por el accidente de trabajo ocurrido el 17 de marzo de 2008; y aclarado ello, en un segundo nivel de análisis, si hay lugar al pago de la indemnización prevista en el artículo 216 del CST.

DE LA RELACIÓN QUE ATÓ A LAS PARTES Y DEL ACCIDENTE DE TRABAJO OCURRIDO EL 17 DE MARZO DE 2008

No es materia de controversia en esta instancia que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año el 29 de agosto de 2006, el que continuaba vigente para la fecha de presentación de la demanda, en virtud del cual el señor WILLIAM TAPIA desempeñó el

correspondiente al informe presentado por la enfermera de turno que atendió al señor William Tapia toda vez que en el informe a pesar de que en esta diligencia tanto en el interrogatorio al representante legal como a la coordinadora de recursos humanos efectivamente se determinó que hubo un accidente de trabajo no que el señor WILLIAM TAPIA haya tenido un mal movimiento y que por eso se presentó la ocurrencia de tal hecho sino que hubo un accidente donde él se descolgó dónde está amarrado y si hubiera tenido las medidas escasas pues hubiera caído al suelo, o mejor aún, no se hubiera causado ningún perjuicio en su salud, también se determinó que anteriormente al accidente el Sr William Tapia nunca había presentado una patología que estuviera registrada por recursos humanos, nunca había tenido una incapacidad y con ocasión al accidente posteriormente se han presentado las patologías que fueron determinadas como de origen común, por tal motivo considero que más allá de la normatividad que rigió con posterioridad al accidente hay otras normas complementarias al trabajo de alturas más aún de todas las situaciones que han ocurrido a nivel laboral a nivel mundial y que por tal motivo están determinadas por los comités internacionales de trabajo, por tal razón consideró que el fallo no alcanza la proyección que se le quiso dar frente al aporte por parte de DELMYP, MANUFACTURAS DELMYP de los elementos que debía tener para el trabajo en alturas, en especial la capacitación, capacitación que se viene practicando por las empresas con anterioridad al Decreto 7633 por la Defensa Civil, por Bomberos, por el SENA, tanto así que el señor William Tapia recibió una capacitación por el SENA tal como se encuentra en el expediente, más sin embargo frente al trabajo en alturas no hay ninguna capacitación, en estos términos dejo plasmado mi recurso de apelación para que sea tenido en cuenta y valorado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral.”

cargo de Auxiliar de Mantenimiento Locativo, devengando siempre por su labor siempre el salario mínimo legal mensual vigente.

Tampoco es materia de debate que el día 17 de marzo de 2008, sufrió un accidente laboral ya que el reporte del mismo consta en el documento denominado “*INFORME DE ACCIDENTE DE TRABAJO DEL EMPLEADOR O CONTRATANTE No. 1231030*” obrante a folios 62, 296 y 419, en el que al describir el accidente se indicó que “*se encontraba colocando Targeros de stantes anclándolos y al estar descolgado trato de girar y sintió dolor en caja toraxica lado derecho. Se ve deformidad. El trabajador usaba arne xa altura*” (sic).

DEL ACCIDENTE DE TRABAJO EN ALTURAS – ORDENAMIENTO NACIONAL E INTERNACIONAL APLICABLE.

Reprocha la censura en el fallo atacado no se acudiera a la aplicación de la normatividad que regula el trabajo en alturas, desconociendo con ello que eran 12 los elementos con los que debía contar el trabajador para el desarrollo de esa labor, además que no le fue brindada ninguna capacitación para la fecha del accidente (17 de marzo de 2008), habiéndosele entregado únicamente un arnés y una riata; echando de menos, entre otras, la aplicación de Resolución 2400 de 1999, así como el Decreto 3673 de 2008.

En tal sentido, se remite la Sala a lo dispuesto en las normas en cita, así como a la jurisprudencia nacional que se ha sentado sobre su aplicación.

En cuanto al trabajo en alturas, en sentencia SL9355-2017, reiterada entre otras, en las sentencias, SL1047-2019 y SL16986-2017, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, al referirse a las obligaciones de vigilancia en cabeza del empleador, la figura del delegado o supervisor, encargado de vigilar, inspeccionar y exigir el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, y la necesidad de propender por elementos y condiciones de trabajo seguros, recordó que las mismas se predicán desde la Resolución N° 2413 de 1979, el Convenio 167 y la Recomendación N.° 175 de la OIT, y por ello puntualizó:

“Ahora, en materia de trabajos en altura², ha existido una constante preocupación por generar una reglamentación tendiente a aminorar los riesgos propios de esta actividad, considerada de por sí como de alto riesgo, en atención a los elevados índices de accidentalidad y muerte ocasionadas en este tipo de labores³.

² La resolución n.° 3673 de 2008 define el trabajo en altura como «*toda labor o desplazamiento que se realice a 1,50 metros o más sobre un nivel inferior*».

³ Según el Ministerio del ramo, el trabajo en alturas está considerado como de alto riesgo debido a que en las estadísticas nacionales, es una de las primeras causas de accidentalidad y muerte en el trabajo. Al respecto ver los considerandos de las Resoluciones n.° 3673 de 2008 y 1409 de 2012.

En este orden, desde la Resolución n.º 2413 de 1979, la Cartera del Trabajo expidió un Reglamento de Seguridad para la Industria de la Construcción, mediante el cual se establecieron en cabeza del empleador obligaciones especiales de capacitación y adiestramiento de las personas dedicadas a la inspección y vigilancia de la seguridad en las obras, al igual que de *«exigir, por medio de sus delegados encargados de la seguridad, el cumplimiento estricto de las instrucciones sobre herramientas, y otras medidas preventivas que deberán observar los trabajadores en la obra»*, lo que se traduce en un deber de *«cumplir personalmente y hacer cumplir al personal bajo sus órdenes»*, las medidas de seguridad pertinentes (art. 12 *ibidem*).

La Resolución n.º 2400 de 1979, complementaria de la atrás citada, concretamente al punto que concita la atención de la Sala, estableció en sus artículos 188 y 190 la obligación a los empleadores de implementar *líneas de vida* para la ejecución de trabajo en altura, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 188. Para aquellos trabajos que se realicen a ciertas alturas en los cuales el riesgo de caída libre no pueda ser efectivamente controlado por medios estructurales tales como barandas o guardas, los trabajadores usarán cinturones de seguridad o arneses de seguridad, con sus correspondientes cuerdas o cables de suspensión. Las cuerdas o cables de suspensión, estarán firmemente atados al cinturón o arnés de seguridad y también a la estructura del edificio, torre, poste u otra edificación donde se realice el trabajo. Los cinturones o arneses de seguridad y sus cuerdas o cables de suspensión tendrán una resistencia de rotura no menor de 1.150 kilogramos y el ancho de los cinturones no será menor de 12 centímetros, con un espesor de 6 mm (1/4 pulgada), de cuero fuerte curtido al cromo, de lino o algodón tejido u otro material apropiado.
(...)

ARTÍCULO 190. Las cuerdas salvavidas serán de cuerda de manila de buena calidad y deberán tener una resistencia a la rotura de por lo menos 1.150 kilogramos (2.500 libras). Los herrajes y fijaciones de los cinturones de seguridad deberán soportar una carga por lo menos igual a la resistencia de la rotura especificada para el cinturón.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo, consiente de la problemática generada por los altos índices de muertes y lesiones severas en el mundo laboral por razón de los trabajos en alturas, adoptó en 1988 en la 75a Reunión de la Conferencia General, el Convenio n.º 167 y la Recomendación n.º 175 sobre Seguridad y Salud en la Construcción, aprobados en Colombia mediante la Ley 52 de 1993 y el primero ratificado el 6 de septiembre de 1994.

El Convenio 167 prescribió un título que denominó *«trabajos en alturas, incluidos los tejados»* y, señaló que los empleadores debían tomar *«todas las medidas preventivas para evitar las caídas de trabajadores y de herramientas u otros materiales u objetos»*, y que cuando *«los trabajadores hayan de trabajar encima o cerca de tejados o de cualquier otra superficie cubierta de material frágil, a través del cual puedan caerse, deberán adoptarse medidas preventivas para que no pisen por inadvertencia ese material frágil o puedan caer a través de él»*. En cuanto a los equipos de protección personal, precisó que el empleador es quien debe *«asegurar la correcta utilización de los mismos»*.

Bajo esa misma orientación, el entonces Ministerio de la Protección Social con miras a generar un reglamento técnico sobre la materia, expidió la Resolución n.º 3673 de 2008 *«por la cual se establece el Reglamento Técnico de Trabajo Seguro en Alturas»* y definió el trabajo en tales condiciones como *«toda labor o desplazamiento que se realice a 1,50 metros o más sobre un nivel inferior»*; dicha reglamentación se modificó mediante las Resoluciones n.º 736 de 2009 y 2291 de 2010, normativa que amplió notablemente las obligaciones a cargo del empleador en esta materia.

El referido reglamento mantuvo en cabeza de los empleadores la ineludible obligación de ejercer labores de vigilancia y control en torno al cumplimiento de las condiciones de seguridad en el trabajo en altura, a través de personal idóneo en la materia y con capacidad de exigir el cumplimiento de las normas de seguridad, tal y como desde antaño lo dispuso la Resolución n.º 2413 de 1979, el Convenio 167 y la Recomendación n.º 175 de la OIT.

Entre otras cuestiones, prescribió que todo empleador que tenga trabajadores que realicen tareas de trabajo en alturas debe *«cubrir todas las condiciones de riesgo existentes mediante medidas de control contra caída de personas y objetos, las cuales deben ser dirigidas a su prevención en forma colectiva, antes de implementar medidas individuales de protección contra caídas»*, con la advertencia de que en ningún caso podrán ejecutarse trabajos sin las medidas de control respectivas; adoptar medidas compensatorias y eficaces de seguridad, *«cuando la ejecución de un trabajo particular exija el retiro temporal de cualquier dispositivo de prevención colectiva contra caídas»*; disponer de personal capacitado, competente y calificado; garantizar la operatividad de un programa de inspección de los sistemas de protección contra caídas *«por lo menos una vez al año, por intermedio de una persona o equipos de personas, competentes y/o calificadas según corresponda»* (art. 3, R. 3673/2008).

En cuanto a las medidas contra caídas, indicó que los equipos de protección individual para su detención y restricción, deben seleccionarse tomando en cuenta todos los factores de riesgo propios de la tarea y sus características; que el empleador tiene la obligación de implementar elementos de protección individual *«sin perjuicio de las medidas de prevención y protección contra caídas»* (art. 13 *ibidem*).

(...)

Naturalmente, esa obligación de seguridad de la persona del trabajador, en virtud de la cual se reviste al empleador y a su delegado de plenas facultades para *«cumplir y hacer cumplir las disposiciones»*, *«ordenar las medidas de control necesarias»* y *«adoptar las medidas necesarias para la prevención y control de los riesgos profesionales»* (art. 12 R. 2413/1979), no se extingue con la sola acreditación de que el empleador suministró a su trabajador charlas sobre seguridad industrial, lo dotó de los elementos *«mínimos»* de seguridad industrial necesarios para el desarrollo de sus funciones, lo afilió al sistema de riesgos profesionales y le ordenó la práctica de exámenes médicos para determinar su aptitud física para desplegar el trabajo en alturas.

En efectos, sus obligaciones van más allá, al punto que se convierte en un imperativo suyo **exigir** el cumplimiento de las normas de seguridad en el desarrollo de la labor y, de ser el caso, prohibir o suspender la ejecución de los trabajos hasta tanto no se adopten las medidas correctivas, o como lo señala el Convenio 167 de la

OIT: «*interrumpir las actividades*» que comprometan la seguridad de los operarios. Todo lo anterior en el entendido de que en el ámbito laboral debe prevalecer la vida y la seguridad de los trabajadores sobre otras consideraciones.

En suma, en Colombia desde el año de 1979 existe una normativa clara y precisa para garantizar la seguridad en la ejecución de los trabajos en altura y tejados, consistente en implementar líneas de vida así como constituir la figura de un delegado o supervisor encargado de vigilar, inspeccionar y exigir el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, suspender la actividades laborales hasta que se implemente las medidas requeridas, así como la de propender por elementos y condiciones de trabajo seguros.”

Del anterior referente legal y jurisprudencial es dable concluir que, como acertadamente lo concluyó la A -quo, no era dable exigirle a la sociedad empleadora el cumplimiento de los requisitos dispuestos en la Resolución 3673 del 26 de septiembre de 2008, si se tiene en cuenta que no estaba vigente al momento del accidente de trabajo (17 de marzo de 2008), no obstante, sí podía acudir, como bien lo refirió la censura, a otras normas que regulaban el trabajo en alturas, entre ellas las Resoluciones 2400 y 2413 de 1979, que conminan a los empleadores a adoptar todas las medidas necesarias para la prevención y control de los riesgos profesionales.

De tal suerte, al haber confesado el representante legal de la demandada al absolver interrogatorio de parte, que en efecto, ninguna capacitación brindó a su trabajador con anterioridad al accidente respecto al trabajo en alturas, y por tanto ninguna prueba se aportó en tal sentido, a no dudarlo faltó a su deber de supervisión y cuidado para con éste, siendo responsable de dicho evento.

Y es que ha sido línea de doctrina que si bien es cierto las obligaciones estatuidas en los artículos 56 y 57- numeral 2º- del Código Sustantivo del Trabajo, son de medio y no de resultado, pues en general resulta imposible eliminar totalmente, en la práctica, los infortunios del trabajo, también lo es que si el empleador es conocedor de un determinado peligro que corre su colaborador en el desempeño de sus labores, es su deber adoptar todas las medidas a su alcance, tendientes a evitarlo o corregir tales situaciones riesgosas, porque de no ser así - es decir, que pudiendo prevenir un daño, no lo hace-, debe responder por dicha omisión. (CSJ SL13074-2014, rad 36306 M.P Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve)

DE LA INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS ARTÍCULO 216 C.S.T. – ACCIDENTE DE TRABAJO – CULPA PATRONAL.

Establece el artículo 216 del CST, que “*cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de*

la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del

Conforme a la norma transcrita, existe un régimen indemnizatorio especialísimo para casos en que tanto el accidente como la enfermedad laboral se deban a la culpa del empleador. Para ello es necesario que exista una prueba fehaciente de la participación del empleador, por acción u omisión, sin distinguir entre las diversas clases de culpa en que pueda incurrir, de donde se concluye que, desde la culpa grave, identificada como dolo en el C.C., es decir, el acto deliberado e intencionado de dañar, hasta la culpa leve, quedan comprendidas en la causa generadora de este tipo de responsabilidad especial, y por lo mismo de la reparación de los perjuicios.

Bajo tal entendido, como quiera que lo peticionado con la declaratoria de la responsabilidad del empleador en el accidente de trabajo es obtener de éste la mencionada indemnización, al estar probada la omisión de la demandada en el cumplimiento de sus deberes de protección y cuidado, asoma la obligación de indemnizar los perjuicios causados, no obstante, la Sala debe recordar a los accionantes, que no solo basta con manifestar que un hecho sea cierto, sino que debe probarse dentro del plenario de conformidad con el artículo 177 del CPC, hoy 167 del C.G.P.

Así, como quiera que para la imposición de la citada indemnización, además del accidente de trabajo y la culpa del empleador, deben encontrarse demostrados, por obvias razones, el daño causado y los perjuicios irrogados con el mismo, al no obrar prueba en el expediente que las patologías incapacitantes que actualmente padece el actor –las que a su vez sirven de sustentó a los perjuicios materiales y morales aquí solicitados tanto por él como por su esposa e hijos-, tengan una relación directa con el suceso ocurrido el 17 de marzo de 2008, por supuesto que no hay lugar a fulminar condena alguna por este concepto.

En efecto, repárese que aun cuando la falladora de primera instancia no declaró la culpa de la sociedad demandada en el accidente de trabajo, sí hizo lo propio al profundizar en las consecuencias que se generaron para el señor WILLIAM TAPIA con ocasión del mismo, es así como luego de la valoración correspondiente, precisó -y así lo pudo corroborar esta Sala-, que además de una corta incapacidad producto de la “*fractura de 8º arco costal derecho*” manejado con faja lumbar (fl 298) y terapias, el mismo no le representó ninguna de las patologías progresivas que de él pretendió derivar, como la “*Espondilitis anquilosante clase III y restricción de la movilidad de caderas*”, que son las que, precisamente, le representan su estado de pérdida de capacidad laboral del 52.66% estructurada el 13 de septiembre de 2012, calificadas como de “**origen común**” según el Dictamen No. 79.334.641 del 24 de octubre de 2014 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C y Cundinamarca (fls

440-448), tal y como igualmente lo advirtieron la ARP SURA desde 2009 (fls 420-421), la EPS COMPENSAR (fl 354), y lo corroboró la Universidad Nacional en el peritaje rendido en el curso de este proceso, en el que señaló que el señor TAPIA, a nivel de la columna, presenta espondilitis anquilosante *“lo cual es una enfermedad autoinmune de origen común que no se puede asociar al accidente de trabajo del 17 de marzo de 2008”*, que a nivel de la columna también presenta artrosis, *“la cual es una enfermedad degenerativa de origen común que no se puede asociar al accidente de trabajo del 17 de marzo de 2008”*, y que a nivel del tórax no presenta alteraciones; calificación de origen común de sus enfermedades que así vista comportó inclusive para la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, que mediante Resolución GNR 173528 del 8 de julio de 2013, le reconociera la pensión de invalidez (fls 519-524), conclusiones todas ellas sobre el origen común de la enfermedad progresiva e incapacitante que padece el actor que, al no haber sido objeto de reproche en la alzada⁴, restringe a este Colegiado para ahondar en ellas, sobre todo cuando ninguno de las pruebas antes señaladas fue tachada o refutada de falso, dando fe de lo allí consignado, con lo que de plano quedó desvirtuada la manifestación del recurrente en cuanto a que esas patologías hubieran sido resultado del accidente de trabajo.

Así las cosas, ante la declaratoria de responsabilidad de la empleadora en el accidente de trabajo, sería del caso determinar los perjuicios reclamados por el demandante, pero como todos y cada uno de ellos, de acuerdo a las pretensiones de la demanda, se establecieron con base en las innumerables enfermedades progresivas que padece, al no guardar ninguna de ellas nexo causal con el suceso ocurrido el 17 de marzo de 2008, no queda alternativa distinta a este Colegiado que confirmar la absolución impartida a la sociedad empleadora de la aludida indemnización, conforme las reflexiones antes efectuadas.

COSTAS

Sin costas en la instancia atendiendo que al actor se le concedió amparo de pobreza.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 24 de octubre de 2018 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del

⁴ De conformidad con los artículos 57 de la Ley 2a. de 1984 y 66 A de la Ley 712 de 2001.

proceso ordinario laboral promovido por **WILLIAM TAPIA Y SONIA ALEIDA JIMENEZ ROJAS**, en nombre propio y en representación de sus menores hijos **WILLIAM FELIPE, SARA SOLANGIE Y OSCAR EMMANUEL TAPIA JIMENEZ** contra la **SOCIEDAD MANUFACTURAS DELYMP SAS** y solidariamente contra la **ARP SURATEP S.A hoy SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A**; pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.


SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. La absolución de primera instancia se confirma.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105012201600231-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Prueba de la terminación del contrato, estabilidad laboral reforzada

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 4 de septiembre de 2018, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **FREY RICARDO WILCHES BELTRÁN** en contra de **SOLUCIONES INMEDIATAS S.A.**

ANTECEDENTES

FREY RICARDO WILCHES BELTRÁN promovió demanda ordinaria laboral en contra de SOLUCIONES INMEDIATAS S.A para que previa declaratoria que el contrato celebrado el 18 de mayo de 2011 continua vigente, sea condenada al pago de los salarios de los salarios dejados de percibir desde el 18 de mayo del año 2011, cesantías, intereses a las cesantías, primas legales, vacaciones, indemnización plena de perjuicios por la culpa del empleador en la enfermedad profesional, la indemnización prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, sobre las cesantías no pagadas desde el 15 de febrero de 2013, aporte a la seguridad social tanto en salud como en pensión, indexación y costas; solicitando subsidiariamente, el reintegro junto con el pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas legales, vacaciones indemnización moratoria del artículo 99 de la ley 50 del 90 e indemnización plena de perjuicios, aportes a seguridad social y a pensión, causados desde el 8 de marzo de 2011 y la indexación y las costas.

Como fundamento material de sus pretensiones relató 60 hechos, que se resumen así: la demandada es una empresa temporal que el 11 de agosto

de 2010 le practicó examen médico de ingreso para el cargo de oficios varios, encontrándolo apto y sin restricción, razón por la que inició su labor como trabajador en la empresa Espumas Santafé de Bogotá, el 12 de agosto de 2010 como auxiliar de servicios generales con un salario inicial de \$515.000, desempeñando como funciones las de alzar cazatas y colchones sin ayuda exterior y sin contar la empresa con medidas preventivas al no habersele entregado implementos de seguridad como chalecos o cinturones, siendo diagnosticado en diciembre de 2010 con síndrome de lumbago crónico mecánico, enfermedad catalogada como profesional por la EPS Humana Vivir, teniendo desde entonces varias incapacidades para trabajar, siéndole terminado el contrato de trabajo el 8 de marzo del año 2011 con el argumento de la finalización de la obra labor, por lo que adelantó acción de tutela mediante la cual se ordenó su reintegro, el cual acató la demandada suscribiendo nuevo contrato de trabajo el 18 de mayo de 2011 para el cargo de archivador de documentos, con una remuneración mensual de \$600.000, mediante un contrato por obra labor, practicándosele examen físico ocupacional de ingreso no satisfactorio con recomendaciones de pausas activas, higiene postural, valoración para manejo del dolor terapias físicas y crioterapias, control por dermatólogo y seguimiento de la ARP-EPS; pero luego, en el mes de marzo de 2012, Luz Stella Cárdenas; Gerente Comercial, le informó que se fuera para la casa y cuando lo requirieran lo llamarían, no recibiendo salario, prestaciones sociales, vacaciones desde esa fecha, ni se le volvieron a efectuar aportes (fls 1-15 y subsanación fls. 67-78).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada SOLUCIONES INMEDIATAS S.A.S, con escrito de folios 109 a 145 dio contestación, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, negó la mayoría de los hechos salvo los relacionados con los dos vínculos laborales y la acción de tutela; y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, falta de la causa para pedir, carencia de la norma jurídica, buena fe y la genérica. En su defensa indicó que no tenía conocimiento de las patologías mencionadas en el libelo puesto que hace parte del historial clínico del actor, siendo que tuvo sólo 3 incapacidades conocidas por la empresa, y debido a los fallos de tutela de primera y segunda instancia fue reintegrado a un nuevo cargo para desempeñar el cargo de archivador de documentos, acto que quedó socializado junto con el seguimiento a conceptos, recomendaciones y restricciones laborales, precisando en cuanto a la terminación del contrato que fue él quien se abstuvo de firmar la carta en la que se le informaba que la causal obedecía a la diligencia de descargos realizada el 7 de febrero de 2012 de lo cual dejaron constancia dos testigos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de septiembre de 2018, el Juzgado doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió absolver a la demandada, de todas y cada

de las súplicas y declarar probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, absteniéndose de condenar en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, remitiéndose a los argumentos de la demanda y a los alegatos, llamando la atención que al no estar suscrita por el trabajador la carta de terminación del contrato de trabajo que obra a folio 178, tenía que haberse traído a declarar a los testigos que la firmaron para que tuviera plena validez, desconociéndose ante tal ausencia probatoria si el demandante tuvo conocimiento de esa circunstancia, pues no se sabe si fue entregada y recibida por éste, de ahí que no halla certeza sobre la terminación del contrato quedando ese tema sin ningún medio probatorio y por ello no hubo tal terminación. Entonces, como desconocía la existencia de la terminación del contrato es por lo que se solicita los pagos de salarios y prestaciones debidos desde el 18 de mayo de 2011. De otra parte, los comprobantes de pago allegados al proceso tampoco se encuentran firmados por el actor y por eso no son plena prueba, sin que los valores allí consignados correspondan a lo realmente recibido por éste cuando en el contrato de trabajo el valor pactado era la suma de \$600.000, siendo valores distintos, por lo que debió haberse concluido que los pagos de cesantías, primas y demás no se hicieron. Y en relación con el estado de discapacidad del trabajador, en oposición a lo dicho por el Juzgado, sí militan en el expediente pruebas que daban cuenta de ella los exámenes de ingreso y de retiro y con ellos, pese a que no hay calificación, podía el A quo declarar su estado de discapacidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, la parte demandante insistió en que dentro de la actuación procesal no se demostró el hecho de la terminación del contrato de trabajo por lo que el mismo sigue vigente, siendo evidente de todas maneras su estado de discapacidad con los exámenes de ingreso que se le practicaron, con lo que se trasladó al empleador el deber de acreditar la ocurrencia de una justa causa so pena de reputarse ineficaz el despido. Entre tanto la demandada guardo silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se contrae a determinar si el contrato de trabajo celebrado entre las partes el 18 de mayo de 2011 se encuentra vigente como lo sostiene la censura, en cuyo caso se verificará si la demandada adeuda suma alguna por concepto de salarios y prestaciones sociales, o si

por el contrario, el contrato de trabajo finalizó desde el 7 de febrero de 2012, y si para ese momento el demandante era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada por razones de discapacidad, determinando en cualquiera de las dos situaciones su verdadero salario.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO - EXTREMOS - SALARIO

No fue materia de controversia que entre las partes se celebró el 12 de agosto de 2010, un contrato de trabajo escrito por duración de la obra o labor determinada, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, así como tampoco, que en acatamiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Octavo (8) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá dentro del radicado 11001408800820110028 del 13 de mayo de mayo de 2011, el trabajador fue reubicado en las instalaciones de la demandada para desempeñar el cargo de Archivador de Documentos a partir del 18 de mayo de 2011.

Así, como quiera que el principal reproche del recurrente se dirige a controvertir la finalización de dicho vínculo laboral, pues en su sentir el mismo aún continúa vigente ante la falta de suscripción, por su parte, de la carta de terminación; y, en todo caso, de que hubiera tenido conocimiento de su contenido, forzoso resulta para este Colegiado acudir tanto al ordenamiento que regula el asunto como al elenco probatorio.

Al respecto, el CST enseña en su Artículo 61, subrogado por el artículo 5o. de la Ley 50 de 1990, que el contrato de trabajo termina: a) Por muerte del trabajador; b) Por mutuo consentimiento; c) Por expiración del plazo fijo pactado; d) Por terminación de la obra o labor contratada; e) Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento; f) Por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días; g) Por sentencia ejecutoriada; h) Por decisión unilateral en los casos de los artículos 7o., del Decreto-ley 2351 de 1965, y 6o. de esta ley; e, i) Por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato. Precizando que en los casos contemplados en los literales e) y f) el empleador deberá solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social resolverá lo relacionado con el permiso en un plazo de dos (2) meses. El cumplimiento injustificado de este término hará incurrir al funcionario responsable en causal de mala conducta sancionable con arreglo al régimen disciplinario vigente.

A su vez, el Artículo 62 ibídem, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, prevé las justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo tanto por parte del empleador (literal A), como por el trabajador (literal B), mencionando que en los casos

de los numerales 9 a 15 de ese artículo, para la terminación del contrato, el {empleador} deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días, advirtiéndolo expresamente en su párrafo, 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 ya que posteriormente no puede alegar válidamente causales o motivos distintos.

Finalmente, el Artículo 64, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, dispone en relación con la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, que, en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización que varía dependiendo si se trata de un contrato a término fijo o indefinido.

Ordenamiento del que fácil es colegir que la ley no impone un trámite determinado para el trabajador o el empleador cuando deciden finiquitar el vínculo laboral, salvo que, de optar por invocar una justa causa, sí menciona como debe procederse, esto es, que la misma debe constar por escrito y, tratándose del empleador cuando acude a las causales de los numerales 9 a 15, indica que deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.

Aclarado lo anterior, una vez revisado el elenco probatorio, se tiene que la demandada aportó junto con su escrito de contestación a folio 178, carta de terminación del contrato de trabajo del actor dirigida a éste, de fecha 7 de febrero de 2012, en la que según allí se lee, puso en su conocimiento los hechos y las causales¹ a las que éstos se ajustaban para dar por finalizado, por justa causa, la relación laboral que hasta ese momento los unía, documento que aparece firmado, de una parte, por la Gerente Administrativa y Financiera, señora, Luz Stella Cardenas Bautista, y de otra, por los testigos Edwin Penagos y Esperanza Medina; el que así visto, como bien lo informa el demandante, no fue suscrito por él; no obstante, tal circunstancia en modo alguno le resta validez a su contenido y la efectiva finalización de la relación laboral ocurrida en la citada fecha, por la potísima razón que al no haber sido desconocido por él dentro de la oportunidad procesal correspondiente señalada en el artículo 272 del

¹ “Violación de los numerales 1), 4) y 6) del literal a) del artículo 62, en concordancia este último con los numerales 1), 3) y 5) del artículo 58 denominado obligaciones especiales del trabajador y el numeral 1) del artículo 602 del CST”.

CGP², goza de la presunción de autenticidad y eficacia para todos los efectos probatorios, no siendo el recurso de apelación la etapa para controvertirlo.

Presunción de autenticidad de ese documento³ que aunada al actuar del señor FREY RICARDO WILCHES BELTRÁN y las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia que rigen la sana crítica, permiten concluir que la aludida carta de terminación sí fue elaborada y puesta en su conocimiento en la fecha allí consignada, pues obsérvese que además de no haber sido debatida en este juicio una vez incorporada por el A quo, tampoco se solicitó la ratificación de los dos testigos que aparecen firmándola en su ausencia, pese a que el artículo 222 del CGP⁴ le

² **Artículo 272. Desconocimiento del documento.** *En la oportunidad para formular la tacha de falsedad la parte a quien se atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella podrá desconocerlo, expresando los motivos del desconocimiento. La misma regla se aplicará a los documentos dispositivos y representativos emanados de terceros.*

No se tendrá en cuenta el desconocimiento que se presente fuera de la oportunidad prevista en el inciso anterior, ni el que omita los requisitos indicados en el inciso anterior.

De la manifestación de desconocimiento se correrá traslado a la otra parte, quien podrá solicitar que se verifique la autenticidad del documento en la forma establecida para la tacha. La verificación de autenticidad también procederá de oficio, cuando el juez considere que el documento es fundamental para su decisión. Si no se establece la autenticidad del documento desconocido carecerá de eficacia probatoria.”

El desconocimiento no procede respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aducen, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte, respecto de los cuales deberá presentarse la tacha y probarse por quien la alega.”

³ Sobre el tema, puede consultarse, entre otras, la Sentencia CSJ SL14236-2015 en la que se dijo:

“...Como se sabe, la cuestión de la eficacia probatoria de un documento depende, en líneas generales, de la posibilidad de conocer a ciencia cierta quién es su autor genuino. A partir de este conocimiento, se abre la posibilidad de entrar a valorar intrínsecamente su contenido conforme a las reglas de apreciación probatoria y la sana crítica previstas en el Código de Procedimiento Civil y el Código Procesal del Trabajo.

Ahora bien, para este ejercicio de descubrimiento e imputación de la persona que ha elaborado cierto documento, el legislador ha implementado ciertos mecanismos que facilitan el trabajo del juez, como las presunciones y el reconocimiento. Por ejemplo, el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil establece que los documentos públicos se presumen auténticos, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, y para el documento privado la ley prevé unas reglas que permiten reputar un documento como auténtico o tener a algunos como tales por su naturaleza (libros de comercio debidamente registrados, el contenido y las firmas de las pólizas de seguros y recibos de pago de sus primas, certificados, bonos y títulos de inversión en establecimiento de crédito y contratos de prenda con éstos, cartas de crédito, entre otros). En cuanto a su reconocimiento, el estatuto procesal civil incorpora la figura del reconocimiento implícito de los documentos privados cuando una de las partes lo aporta al proceso, sin alegar su falsedad.

[...]

Paralelamente a esas reglas, el juez a través de la apreciación ponderada y razonada de la conducta procesal de las partes, sus afirmaciones, los signos de individualización de la prueba (marcas, improntas y otros signos físicos, digitales o electrónicos) y demás elementos que obren en el expediente, puede llegar a adquirir el convencimiento acerca del autor de determinada prueba y atribuírselo, con el propósito de reconstruir los hechos, aproximarse a la verdad e impartir justicia responsablemente a los casos bajo su escrutinio. Lo que quiere decir que aun cuando la firma es uno de los medios o formas que conducen a tener certeza de la autoría de un documento, no es la única, ya que existen otros que también ofrecen seguridad acerca de la persona que ha creado un documento. No por equivocación el artículo 251 del CPC establece tres vías para establecer la autenticidad de un documento: la certeza de quien lo ha (1º) suscrito, (2º) manuscrito o (3º) elaborado, esto último hace referencia a la identificación y determinación de su creador.

En suma de lo expuesto, la autenticidad de un documento es una cuestión que debe ser examinada caso por caso, de acuerdo con (i) las reglas probatorias de los estatutos procesales, o, en su defecto, con (ii) las circunstancias del caso, los elementos del juicio, las posiciones de las partes y los signos de individualización que permitan identificar al creador de un documento, de ser ello posible.”

⁴ **“Artículo 222. Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso.** *Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite. Para la ratificación se*

otorgaba esa posibilidad al demandante por ser la persona contra quien se aducían, amén de que aceptó expresamente en los hechos de su demanda que luego de que la señora Luz Stella Cardenas Bautista prescindió de sus servicios personales, no regresó a laborar ni realizó reclamación alguna de tipo económico sino hasta el 19 de enero de 2015, situación que deja en evidencia que era plenamente consciente que su contrato no continuó, y como consecuencia, ni el tuvo la obligación de laborar ni la empresa de retribuirlo.

Entonces, en ningún equivoco incurrió el fallador de primera cuando le dio pleno valor probatorio a la carta de terminación del contrato de trabajo adosada por la pasiva (fl. 178), en orden a lo cual concluyó que la finalización del contrato de trabajo estuvo vigente hasta el 7 de febrero de 2012, inclusive. De lo cual también dio cuenta la planilla de aportes a seguridad social en la que aparece registrado como retirado a partir de esa calenda (fls 198-206).

Valor probatorio que por las mismas razones se extiende a los comprobantes de pago y la liquidación final de prestaciones que militan de folios 148 a 197, y que dan lugar a afirmar que el último salario mensual efectivamente devengado por el trabajador correspondió a la suma de \$600.000.

Desde tal panorama, habida cuenta que no fue objeto de apelación la justa causa invocada por la empleadora, la que por demás encontró respaldo en la diligencia de descargos practicada el mismo 7 de febrero de 2012 en horas de la tarde, en la que el trabajador aceptó su responsabilidad por la suma de \$280.000 que tenía como propósito el pago de un depósito judicial (fls 176-177), al tenerse certeza sobre la terminación del contrato de trabajo con justa causa, en aras de determinar si el demandante a la fecha de finalización de su relación laboral con SOLUCIONES INMEDIATAS S.A era o no sujeto de la estabilidad laboral reforzada, se remite la Sala a la norma que regula el asunto y a la documental que reposa en el cartulario tendiente a acreditar su condición médica, sobre todo cuando se insiste que presentaba estado de debilidad manifiesta.

Sobre el particular la ley 361 de 1997, en su artículo 5° prevé la forma de acreditación de la condición de discapacidad de una persona y la calificación de dicho status por parte de la entidad correspondiente, y por ello puntualiza:

“ARTÍCULO 5o. Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información

repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.”

respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.

*Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. **Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley.***

Entre tanto, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 salvaguarda el derecho de las personas discapacitadas para que por esa condición no se les discrimine a nivel laboral, es así como contempla que: *“Ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo, so pena de ser sancionado a reconocer y paga una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo”.*

De tal suerte, observando que ninguna de las pruebas da cuenta de un estado de incapacidad o tratamiento en curso para esa calenda (7 de febrero de 2012), ya que con el certificado médico de aptitud laboral que le fue practicado el 19 de mayo de 2011 (fl 57) lo que se observa es que presentaba un antecedente de lumbalgia mecánica de origen muscular por lo que para su actividad laboral se hizo recomendación para que evitara levantar peso mayor a 25 KG debiendo en caso de necesitarlo, usar ayuda mecánica o dos personas para levantar el peso, y en todo caso, realizar pausas activas, y continuar con terapias, entre otros otras, lo que de suyo enerva cualquier motivación relacionada con que la terminación del contrato obedeció a las patologías diagnosticadas para ese entonces, máxime cuando no probó encontrarse en tratamiento, terapia o control para el momento de su despido, de ahí que mal puede endilgarse a juez primigenio un desconocimiento de su situación médica, por lo que al no comprobarse que el demandante hace parte de las personas en condición de discapacidad debidamente calificadas a quienes les ha sido expedido el carné que les sirve para identificarse como titular de los derechos establecidos en la ley 361 de 1997, o que presentara una enfermedad latente sin tratamiento, o de cualquier otra que por razón del porcentaje de pérdida de capacidad laboral lo ubicara dentro de las personas merecedoras de la aludida protección, esto es, una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15% de la pérdida de capacidad laboral, el hecho de que mostrara afectación en su estado de salud no implica, *per se*, obligatoriedad de la continuidad en el cargo, con la previa autorización del Ministerio del Trabajo para disponer del mismo, ya que lo que procura la norma es evitar la discriminación en razón de la condición de discapacidad en la que se encuentran los trabajadores antes referenciados.

Y es que tratándose de las patologías por las que acudió el actor al medico en vigencia de la relación laboral con la sociedad demandada, ha de recordarse que **“No es suficiente por si solo el quebrantamiento de la**

salud del trabajador o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada, esto es, que se enmarque dentro de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%. Tal como así lo ha sentado la H. CSJ SL en reiteradas ocasiones, entre ellas, en las sentencias del 25 de marzo de 2009 radicación 35606, del 15 de julio de 2008 radicación 32532, del 25 de marzo de 2009 radicación 35606, del 28 de agosto 2012 radicación 39207, del 30 enero de 2013 radicación 41867, del 14 de octubre de 2015 radicación 53083, del 01 de junio de 2016 radicación 57772, del 29 de junio de 2016 radicación 42451 y del 25 de enero de 2017 radicación 45314 entre muchas otras.

Por consiguiente, son presupuestos indispensables que deben observarse cuando el trabajador pretende la protección contenida en la ley 361 de 1997, en primer lugar, que cuente a) con una limitación moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) severa, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) profunda cuando el grado de minusvalía supera el 50%; en segundo lugar, que demuestre que el empleador conocía de dicho estado de salud; y por último, que la relación laboral finalizó por razón de su limitación física y sin previa autorización del Ministerio del Trabajo; siendo por tanto de vital relevancia la calificación y clasificación de la severidad del estado de discapacidad de una persona, para considerarse cobijada o beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada.

Pudiéndose colegir de lo hasta aquí analizado que para la fecha en que se produjo la terminación laboral el trabajador no padecía de enfermedades incapacitantes, por tanto, no resulta contundente a efectos de hacerse garante de la protección por estabilidad laboral reforzada, pues como quedó dicho, para el momento del despido no había sido calificado como discapacitado en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997, desconociéndose si su lumbalgia lo afectó de tal manera que hubiese sido calificado dentro de alguno de los tres grados de severidad de la limitación antes estudiados, lo que excluye el siguiente requisito contemplado en la norma y desarrollado en la jurisprudencia traída a colación, consistente en que el empleador conociera de su estado de discapacidad a la ruptura contractual.

Por lo razonado, en vista que: 1) no se encontraron debidamente acreditados los presupuestos que permitirían a la demandante acceder al amparo de la estabilidad laboral reforzada respecto de la sociedad demandada, 2) que la relación laboral terminó sin justa causa, y 3) que la empleadora no estaba obligada a pedir autorización ante el Ministerio de trabajo para tomar tal determinación; obligado resulta concluir que tampoco le asiste el derecho al pago de los salarios y demás prestaciones que se disponen generalmente con la orden de reintegro.

Conforme lo anterior, se CONFIRMA la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo del demandante atendiendo el resultado desfavorable de su recurso. Las de primera instancia se confirman

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,


RESUELVE

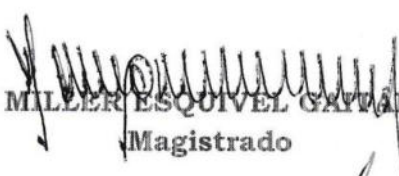
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2018, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por FREY RICARDO WILCHES BELTRAN en contra de la sociedad SOLUCIONES INMEDIATAS S.A., conforme las razones expuestas.

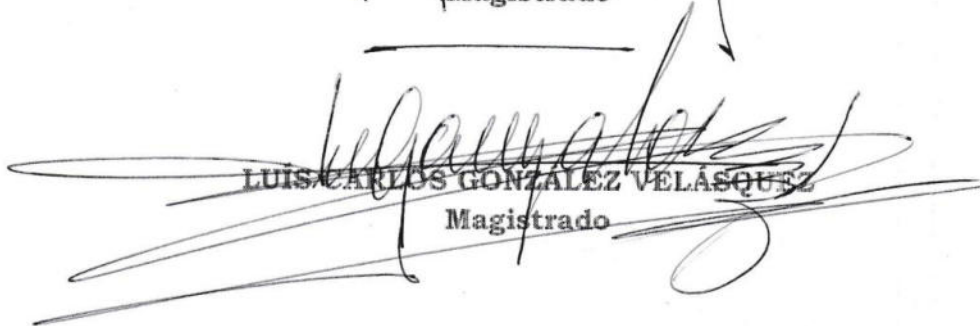
SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia al demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$877.804. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105024201700344-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez

TEMA: Contrato realidad- prueba de la subordinación - prescripción y buena fe en condena por aportes a seguridad social.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada contra la sentencia del 18 de mayo de 2018 así como su complementaria del 9 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARÍA ELVIRA ARDILA ACERO en contra del MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ- MAMBO.

ANTECEDENTES

MARÍA ELVIRA ARDILA ACERO promovió demanda ordinaria laboral en contra del MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ- MAMBO, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato realidad vigente entre el 15 de abril de 2003 y el 16 de abril de 2017, el cual finalizó por decisión de la empleadora sin justa causa, y por tanto es ineficaz; sea condenado a reintegrarla al cargo de Curadora o a uno de igual o superior categoría, junto con el pago de los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas semestrales y de navidad, la sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, aportes a seguridad social, lo que resulte ultra o extra petita y las costas del proceso; y subsidiariamente, al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas semestrales y de navidad, aportes a seguridad social y las indemnizaciones previstas en los artículos 64 y 65 del CST y la del artículo 99 de la ley 50 de 1990, causados en vigencia del vínculo laboral.

Como fundamento de sus pretensiones precisó sucintamente que, se vinculó con la demandada el 15 de abril de 2003, para desempeñar el cargo de Curadora encargada de dicha institución, prestando sus servicios personales hasta el 16 de abril de 2017 cuando sin justa causa le fue terminada su relación, sus funciones fueron las de planeación de las exposiciones durante cada año, elaboración de los cronogramas, realización y conceptualización y escritura de los textos y reseñas de las exposiciones, servir de canal entre los artistas y el museo, realización de

informes de actividades de la curaduría para presentar ante el Ministerio de Cultura e Idartes, elaboración de guiones curatoriales con la colección del museo, coordinación de publicaciones en especial el libro denominado la colección en dos tomos que incluye el acervo del museo y su historia en 700 páginas, coordinación del montaje de las exposiciones de artistas nacionales e internacionales, coordinación de las actividades de los estudiantes en pasantía, actividades administrativas como la elaboración del presupuesto de las exposiciones, atención de personajes internaciones y las que sus superiores le imponían; las cuales desarrolló de manera subordinada; prestaba sus servicios en la sede del museo y en los talleres de los artistas en las embajadas, instituciones educativas y otros, siempre con los medios materiales que le eran suministrados por la demandada, en un horario de lunes a viernes de 9am a 5pm, labor por la que entre los años 2003 a 2006 recibió la suma de \$3.800.000 mensuales, entre 2007 y 2008, \$4.045.000, para 2009 \$4.370.000, de 2010 a 2012 \$4.620.000, de 2013 a 2015 \$5.082.000 y para 2016 y 2017 \$5.028.000; le fueron concedidas y pagadas vacaciones colectivas en diciembre desde 2004 y hasta 2013, le entregaron además dineros para gastos de representación especificando que no constituían salario y no le fueron cancelados aportes pensionales (fls 2-20).

CONTESTACIÓN

Notificada en legal forma la demandada dio contestación oportunamente con escrito de folios 501 a 510, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, negó la mayoría de los hechos o manifestó no constarle salvo los relacionados con la naturaleza no salarial de los gastos de representación y que la demandante coordinó el libro institucional. Propuso las excepciones de prescripción, existencia de un modo legal para la finalización del contrato civil de prestación de servicios, pago, inexistencia de contrato de trabajo y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de junio de 2018, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 15 de abril de 2003 y feneció el 16 de abril de 2017; condenar al demandado a pagar a la actora, los siguientes conceptos debidamente indexados al momento de su pago: \$60.92992.22 por auxilio de cesantías, \$1.884.090.3 por intereses a la cesantías, \$17.010.583.33 por prima de servicios; \$248.725.400 por no consignación de cesantías y \$169.400 diarios desde el 17 de abril de 2017 y hasta el 16 de abril de 2019 y en adelante intereses moratorios por indemnización moratoria; absolver a la demandada de las demás pretensiones; declarar parcialmente probada la excepción de prescripción; y condenar en costas a la demandada en la suma de dos SMLMV.

Y con sentencia complementaria del 29 de junio de 2018 resolvió: condenar a la demandada a constituir a favor de la demandante la reserva actuarial o título pensional a satisfacción de la entidad administradora que ella seleccione por el

período comprendido entre el 15 de abril de 2003 y el 16 de abril de 2017, teniendo como IBC para cada anualidad los siguientes para 2003: \$2.300.000, para 2004 a 2006: \$3.800.000, para 2007 y 2008: \$4.045.000, para 2009 y 2010: \$4.370.000, para 2011 y 2012 \$4.620.000 y para 2013 a 2017: \$5.082.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la demandada interpuso recurso de apelación¹ así: frente a la sentencia inicial, porque el elemento de la subordinación no fue debidamente demostrado por la demandante, ya que las funciones que realizó correspondientes a las descritas en el hecho 5° de su

¹ “Su señoría interpongo recurso de apelación contra la providencia que se acaba de proferir debo advertir que el congreso sucintamente en juramentos del recurso y que dentro de la audiencia de segunda instancia haré uso de todas las facultades que la ley me da al respecto, lo primero que todo que debo decir es que el derecho pinto de la demanda parte demandante afirmó lo siguiente durante la ejecución del convenio ejecutado entre las partes demandante cumplió bajo subordinación y dependencia de la demandada con las siguientes labores y funciones: A. La planeación de las exposiciones durante cada año, B. La elaboración de los cronogramas de las exposiciones, C. La realización y conceptualización de las exposiciones, D. La escritura de los textos y reseñas de las exposiciones, E. La de servir de canal entre los artistas y el museo, F. La realización de informes de actividades de la curaduría para presentar ante el Ministerio de Cultura y Idartes, G. La elaboración de guiones curatoriales con la colección del museo, H. La coordinación de publicaciones en especial el libro denominado la colección en dos tomos que incluye el acervo del museo y su historia 700 páginas y la coordinación del montaje de las exposiciones de artes nacionales e internacionales, J. La coordinación de las actividades de los estudiantes en pasantía. Todas estas actividades son propias de un contrato civil de prestación de servicios en los términos del artículo 2060 ítem del código Civil que dice: “En las obras inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, cómo la composición literaria, la corrección tipográfica de un impreso se sujeta en disposición especial de los artículos 2054, 2055, 2056 y 2059 del Código sobre el que corresponde al mandado y en todas esas actividades pone plenamente probadas a través de la prueba testimonial. En el literal K del artículo quinto afirma la demandante las actividades administrativas propias de su cargo tales como la elaboración del presupuesto de las exposiciones, la atención de personajes internacionales en el ámbito del arte y la atención de terceros y demás que puntualmente le imponía su superior jerárquico, este literal K debía ser plenamente probado por el demandante porque está afirmando que existe la subordinación jurídico laboral pruebas que no están en el expediente porque los testimonios dan cuenta de los hechos que ocurrieron que ellos fueron testigos pero no dan prueba de la subordinación jurídico laboral en cuanto el contenido del derecho. Adicionalmente, sobre este punto hay que decir que la señora no tenía horario de trabajo ella prestaba los servicios entre las 9 de la mañana en caso y entre las 5 de la tarde porque era el horario de atención al público del museo, además ella era la que hacía las exposiciones y enseñaba las exposiciones; en segundo lugar, brilla por su ausencia la prueba donde el Museo de Arte Moderno le dio permiso para dictar clase toda la parte de subordinación brilla por su ausencia la prueba esto demuestra que ella no era subordinada máximo una prueba que demuestre que persona del Museos Arte Moderno era su superior jerárquico, si todas estas funciones que acabo de nombrar en el literal A al literal J que fueron confesadas en la demanda y que además existe plena prueba a través de los testimonios no le ameritan ningún tipo de supervisor sino que son las propias del artículo 2063 del CST, de esta manera dejó interpuesta los alegatos de conclusión, son los argumentos que interpondré en la segunda instancia.”

Y respecto a la sentencia complementaria señaló: “señora interpongo recurso de apelación contra la sentencia complementaria dictada el día de hoy y sin prejuicios de los argumentos que expondré en la audiencia de trámite de segunda instancia se debió revocar como la condena de pago de los aportes pensionales porque contrario a lo sostenido por el despacho y la sentencia del 18 de mayo del año en curso la buena fe se presume según las voces del artículo 83 de la Constitución y el artículo 55 del CST así mismo el artículo 768 y 769 del Código Civil dispuso: “La buena fe es conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos defraudes y de todo otro vicio. Así, en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato. Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”; “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse”. En el caso sub lite no existe prueba de la mala fe por parte del Museo del Arte Moderno sino que al contrario las dos partes siempre actuaron de buena fe dado que la demandante anexó a sus cuentas de cobro acompañó el recibo de pago de seguridad social como exige la ley tributaria y durante los 14 años de prestación de servicios la señora María Elvira Ardila jamás reclamó derecho laboral alguno ni que se le pagara seguridad social integral, las sentencias al igual que la ley son retroactivas por lo que no puede producir efectos en el pasado y la declaratoria de la existencia de contrato de trabajo surte efectos a partir de la ejecutoria de la sentencia que pone fin al proceso dado que antes de esa decisión se asume la existencia de un contrato civil de prestación de servicios y como el juzgado declaró parcialmente probada la excepción de prescripción la debió aplicar también en esta condena, de esta forma dejó sustentado mi recurso de apelación.”

demanda y que quedaron demostradas con los testimonios, son propias de un contrato civil de prestación de servicios en los términos de los artículos 2060 y 2063 del código Civil, no habiendo probado el cumplimiento de funciones impuestas por superiores jerárquicos, ni de un horario de trabajo, pues prestaba los servicios entre las 9 de la mañana y las 5 de la tarde porque era el horario de atención al público del museo, siendo ella quien escogía las exposiciones, además que no se le concedió ningún permiso. Y tratándose de la sentencia complementaria, para que se revoque la condena al pago de los aportes pensionales, porque la buena fe se presume según los artículos 83 de la C.Pol, 55 del CST y 768 y 769 del C.Civil y como en el caso *sub lite* no existe prueba de la mala fe por parte del Museo del Arte Moderno, sino que por el contrario, las dos partes siempre actuaron de buena fe, dado que la demandante anexó a sus cuentas de cobro el recibo de pago de seguridad social como exige la ley tributaria y durante los 14 años de prestación de servicios jamás reclamó derecho laboral alguno ni que se le pagara seguridad social integral, no se le puede condenar a dicho pago, sin que las sentencias puedan producir efectos en el pasado ya que no son retroactivas, por lo que la declaratoria de la existencia de contrato de trabajo surte efectos a partir de la ejecutoria de la sentencia, y en todo caso, de accederse a la condena por aportes debió declararse probada la excepción de prescripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal concedido, la parte demandada insistió en la revocatoria de la sentencia condenatoria, precisando que lo que se presentó entre las partes fue un contrato de prestación de servicios ajustado a la ley civil, sin que en las actividades que la demandante desarrolló como curador de museo estuviera sujeta a un superior jerárquico.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se contrae a determinar i) si la parte demandante era quien soportaba la carga de la prueba del elemento de la subordinación, y en caso afirmativo, si se presentó ausencia de tal demostración por dicha parte que imposibilite la declaratoria de la existencia de un verdadero contrato de trabajo; y ii) si tratándose del pago de aportes a seguridad social dispuesto en la sentencia complementaria debió considerarse la buena fe y por tanto absolverse a la demandada, o haberse declarado probada la excepción de prescripción como aconteció con otras de las condenas.

DEL CONTRATO REALIDAD – SUBORDINACIÓN

No es objeto de reparo en la alzada que la señora MARÍA ELVIRA ARDILA ACERO prestó sus servicios personales al MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ -

MAMBO desde el 15 de abril de 2003 hasta el 16 de abril de 2017; devengando como última asignación mensual la suma de \$5.082.000.

DEL CONTRATO REALIDAD - CARGA DE LA PRUEBA DE LA SUBORDINACIÓN

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: **a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.**

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la prestación continua del servicio**, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador».”* (CSJ SL362-2018, Radicación N.º 53801 del 21 de febrero de 2018 M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.).

De tal suerte, dado que en el cartulario se encuentran debidamente probados los servicios personales que prestó la promotora de esta actuación al MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ - MAMBO, desempeñando como Curadora las funciones de planeación de las exposiciones durante cada año, elaboración de los cronogramas, realización y conceptualización y escritura de los textos y reseñas de las exposiciones, servir de canal entre los artistas y el museo, realización de informes de actividades de la curaduría para presentar ante el Ministerio de Cultura e Idartes, elaboración de guiones curatoriales con la colección del museo, coordinación de publicaciones en especial el libro denominado la colección en dos tomos que incluye el acervo del museo y su historia en 700 páginas, coordinación del montaje de las exposiciones de artistas nacionales e internacionales, coordinación de las actividades de los estudiantes en pasantía, actividades administrativas como la elaboración del presupuesto de las exposiciones, atención

de personajes internaciones y las que se le imponían; prestando siempre sus servicios en la sede del museo y en los talleres de los artistas en las embajadas, instituciones educativas y otros, y que por tales servicios se le retribuía económicamente bajo la denominación de honorarios, es por lo quien bien puede afirmarse que correspondía a la demandada la carga de la prueba tendiente a desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST²; en particular, que las referidas funciones no fueron subordinadas.

Al respecto, se remite este colegiado al análisis en su conjunto de la prueba tanto documental como declarativa recaudada en el curso del proceso, la que en lo que interesa a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que la demandante desarrolló su labor a través de los distintos contratos de prestación de servicios, da cuenta que la labor siempre la realizó de manera personal sin contar con autonomía para ello, toda vez que se encontraba supeditada a la aprobación tanto administrativa como financiera que la demandada impartía sobre sus actividades, desde cronogramas hasta presupuestos, situación fácilmente apreciable con los correos electrónicos que reposan de folios 26 a 98 cruzados entre ellas, así como con lo manifestado por los testigos cuando al respecto señalaron que no sólo debía cumplir horario sino que la labor que desempeñaba era supervisada por las señoras Gloria Zea y Yolanda Paipilla.

En efecto, **AMALIA LEAL CÓRDOBA**, relató que entró como primero como pasante y luego como asistente de curaduría entre 2005 y 2008, siendo la demandante su jefe, laborando finalmente en el Departamento de Educación desde el año 2008 hasta febrero de 2009, por eso sabe y le consta que la señora MARÍA ARDILA estaba subordinada a las órdenes que le daba la Dirección, la Subdirección y el Departamento de Contabilidad, que tenía un horario de 9 a 5 con una hora de almuerzo de 1 a 2, de lunes a viernes pero muchas veces sábados o domingos para alguna conferencia o el montaje de alguna obra, y dos veces a la semana tenía clase en la universidad por lo que llegaba a las 9:30, que los permisos para no asistir los solicitaba a la Directora, que no podía delegar sus funciones, que tenía un escritorio y dentro de sus labores coordinaba las exposiciones, hacía un cronograma del año y debía llevar a cabo estas exposiciones programadas, hacía todo el proceso de contactar a los artistas, planear la exposición en toda su extensión desde las obras que se iban a exponer hasta los catálogos que se iban a publicar, debía rendir cuentas, debiendo reportar cada uno de sus pasos, que varias veces le hicieron llamados de atención la Directora, el Subdirector Rodrigo Ferro y la Contadora Yolanda Paipilla relacionados con los proyectos que se habían de presentar al Ministerio de Cultura o al Distrito, porque el museo contaba con presupuestos bastante limitados y a veces no permitía la ejecución completa de las exposiciones, que le remuneraban los servicios quincenalmente aunque desconoce el valor y la fecha de ingreso y de retiro.

² En cuanto a la carga probatoria de la subordinación cuando se implora el contrato realidad, ha sido copiosa la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral al precisar que corresponde al demandado desvirtuar la presunción iuris tantum del artículo 24 del CST, en favor de quien invoca el principio de primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral, de modo que le basta con acreditar la prestación personal del servicio para suponer la existencia de la relación de trabajo, siempre que la parte accionada no demuestre lo contrario, trasladando de ese modo la carga de la prueba al demandado, lo cual constituye una excepción a la regla general contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso.

A su vez, **ANDREA CHAVEZ RAMIREZ**, dijo conocer a la demandante porque en enero de 2013 entró a trabajar como asistente de curaduría y ella era su jefe directo, por eso sabe y le consta que era la persona que estaba encargada de organizar las exposiciones siempre bajo el mando de la señora Gloria Zea, necesitando de su apoyo y aval para hacer cualquier tipo de actividad tanto como exposiciones, talleres, etc, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 9 a 5, tenía una oficina que compartía con ella y con el diseñador, contando con un computador y teléfono con línea independiente de propiedad del museo, el pago se le realizaba cada quince días, pero desconoce su monto así como la fecha de ingreso y el motivo de la terminación, además, en caso de necesitar un permiso le consta que debía consultarle directamente a la señora Gloria Zea o a la señora Yolanda Paipilla, siendo su jefe inmediato la señora Zea, a quien MARÍA ELVIRA debía escribirle las cartas laborales y personales así como contar con su aval para cualquier tipo de exposición y el cronograma, no teniendo ninguna autonomía, al punto que si la señora Gloria no estaba de acuerdo con algún montaje tocaba cambiarlo y siempre debía respetarse su decisión, del mismo modo, constantemente le llamaban la atención, sobre todo la señora Yolanda Paipilla que cuidaba el presupuesto, porque las cosas no estaban fluyendo como debería ser, frenando muchas cosas que se hacían en curaduría.

Entre tanto, **JUANITA STANLEY** informó que fue asistente del Museo en el Departamento de Curaduría desde enero de 2016 hasta diciembre de 2016, el cual se encargaba del montaje de exposiciones, realización de documento para Idartes y para la secretaria, motivo por el que sabe y le consta que la señora MARÍA ELVIRA se encargaba, entre otras varias funciones que realizaba, de la realización de las exposiciones, las visitas a los artistas a sus talleres, la realización de fichas técnicas, el seguimiento de los materiales didácticos que se repartían con cada exposición y asistía cada vez que había reuniones, debiendo seguir las instrucciones de la dirección del museo, cumpliendo un horario de 9 de la mañana a 5 de la tarde, cinco días a la semana y algunos sábados también, sin poder recurrir o delegar su labor a otra persona, contaba con una oficina que compartía con ella y con el diseñador, cada uno con un computador de propiedad del museo, el pago era quincenal, aunque con atrasos, desconociendo cuánto devengaba, aunque la demandante daba su opinión todo se discutía con el grupo del museo, la dirección, educación y sus jefes inmediatos, siendo el museo el que le suministraba papelería o utensilios para la labor, constándole que a principios de 2016 se le hizo un llamado de atención porque se iba hacer una exposición con el maestro Ángel Lorca, pero por problemas con él se eliminó del cronograma y entonces Claudia llamó a MARÍA ELVIRA a decirle que esa exposición sí se tenía que hacer teniendo que reprogramarla porque debía seguir las ordenes de Gloria Zea, Claudia y Yolanda, ésta última quien en algún momento llegó a darle muchas órdenes para que bajara el presupuesto en tal cosa para poder cuadrar el mes o cosas así en la exposición.

Y **SEBASTIÁN VAN DEN BERGHE**, quien entró como practicante en el 2011 y a laborar en el museo desde enero de 2012 hasta marzo de 2014, comentó que sabe que la demandante era la curadora del museo y planeaba conjuntamente con Gloria Zea las exposiciones que se iban a presentar al siguiente año, por tanto, no

tenía autonomía para realizar las exposiciones y cronogramas, cumpliendo un horario de 9 a 5 donde los permisos los solicitaba a las señoras Yolanda o Gloria, constándole igualmente que no podía delegar sus funciones, que tenía una oficina, y que la señora Yolanda le llamó la atención porque hablaba con los guardas o porque el presupuesto de las exposiciones no concordaba.

Autonomía e independencia en la ejecución de la labor contratada a través de diferentes los contratos de prestación de servicios celebrados con la demandada, de la que tampoco obra confesión por la demandante, teniendo en cuenta que lo único por ella informado al absolver el interrogatorio de parte fue que las diferencias surgidas en su actividad las dirimía con la señora Yolanda Paipilla, quien en muchas ocasiones no cumplía con los presupuestos que ya se habían hecho, que reclamó sus derechos laborales a la última administración (Claudia Joaquín y Nelson Puentes), que cumplió un horario de lunes a viernes de 9 de la mañana a 5 de la tarde contando con un permiso para asistir a clase en la javeriana de 7 a 9 los miércoles y los jueves, pudiendo estar desde las 6am hasta las 11 pm en el museo para realizar un montaje o ir los sábados y domingos o hacer presencia en reuniones en la casa de la señora Gloria Zea cuando era requerido, quien era su jefe inmediato y su jefe administrativa era la señora Yolanda Paipilla, contando con una oficina, y sin poder delegar sus funciones, recibiendo por su labor un pago mensualmente.

Mientras que el señor **NELSON PUENTES**, como representante legal del museo demandado, aceptó que la demandante prestó sus servicios personales desde el 15 de abril del año 2003 hasta el 16 de abril del año 2017, institución que le suministró una oficina y la remuneró con periodicidad quincenal por su labor a través de honorarios aplicando la retención en la fuente, lo cual se constata con los comprobantes de pago obrantes de folios 511 a 687, recibiendo adicionalmente un bono por gastos de representación, que iba de lunes a viernes y su cargo era como curadora en donde debía atender a los artistas y contactos con relación a su actividad, presentando informes sobre la curaduría y sobre las exposiciones a la dirección en cabeza de Claudia Joaquín -anteriormente a Gloria Zea-, y aunque sostiene que la actora era la que escogía las exposiciones admite que la última palabra se tomaba de manera conjunta con la dirección.

Analizado así el haz probatorio, se tiene que la demandada no sólo no aportó prueba que soportara su dicho, sino que existe material suficiente que da cuenta de la subordinación y dependencia a la que estaba sujeta la demandante en la realización de sus actividades, que dejan en evidencia que entre las partes no se desarrolló un contrato de prestación de servicios sino que existió una verdadera relación de tipo laboral, desde el 15 de abril de 2003 hasta el 16 de abril de 2017, como lo concluyera la A quo, conforme lo establecido en los artículos 22 y 23 del C.S.T.

DE LOS APORTES A SEGURIDAD SOCIAL- BUENA FE, EFECTOS DE LA SENTENCIA - PRESCRIPCIÓN.

Se duele la parte recurrente de la condena al pago de los aportes a seguridad

social por el tiempo que se declaró la existencia de la relación laboral, principalmente, porque actuó con el convencimiento de que el contrato celebrado y ejecutado entre las partes era de prestación de servicios, lo que la exime de su pago al obrar de buena fe, y en todo caso porque de proceder los mismos habría lugar a declarar su prescripción.

Sobre el particular, lo primero que debe indicarse es que *“la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho”* (CSJ SL15964-2016), y de todas maneras, no releva al empleador del reconocimiento de los derechos mínimos e irrenunciables inherentes a la existencia del contrato de trabajo, como lo es el pago de los aportes a la seguridad social.

En este punto conviene recordar que las sentencias que declaran un contrato de trabajo, no tienen un *efecto constitutivo* sino *declarativo*; de ahí que el término de prescripción de las acciones sociales, debe comenzar a contarse desde que la respectiva obligación *se hace exigible*, es decir, desde que se abre la posibilidad de su reclamación, *«...sin necesidad de advenimiento de hecho alguno, pues cuenta con la característica de ser pura y simple; o porque estando sometida a plazo o condición, se ha producido el fenecimiento de aquél o el cumplimiento de ésta»*. (CSJ SL4515-2020, SL4222-2017, SL219-2018).

No se trata entonces de dar un alcance retroactivo a las sentencias laborales, como parece interpretarlo la censura, sino de entender que los términos para contabilizar la prescripción corren a partir de la exigibilidad de cada uno de los derechos, no desde la calificación jurídica de los hechos, pues aquellos pueden ser declarados en cualquier tiempo, ello en el entendido que una cosa es la declaratoria del derecho y otra muy distinta su exigibilidad, siendo a partir de que cada obligación se hace reclamable o ejecutable, que empieza a correr el término trienal prescriptivo, conforme lo establecido en los artículos 151 del C.P.T y SS y el 488 del C.S.T.

En cuanto a los efectos de las sentencias declarativas, en especial en lo que interesa al fenómeno de la prescripción, oportuno resulta traer a colación lo dicho en la sentencia SL 4515 del 23 de septiembre de 2020 M.P Dres. Gerardo Botero Zuluaga y Fernando Castillo Cadena, en la que citando la sentencia CSJ SL3169-2014, reiterada en SL4358-2018, explicó:

“Ahora bien, tampoco surge fácilmente explicable ante tan sugestiva tesis, cómo es que respecto de los derechos laborales de quien teniendo una relación subordinada de trabajo, pero simulada o desdibujada por la apariencia de otra clase de relación jurídica, los términos de prescripción empiezan a correr cuando queda en firme la sentencia que ‘constituye’ el estatus de verdadero trabajador subordinado; en tanto que, los términos de prescripción de los derechos laborales del trabajador subordinado que inicia y desarrolla su relación sin discusión alguna sobre la naturaleza jurídica de su vínculo, corren a partir de la exigibilidad de cada uno de ellos. En otros términos, cómo es que mientras el punto de partida del término prescriptivo de los derechos del trabajador regular se cuenta desde cuando se debe o se tiene que cumplir la respectiva obligación patronal, el del trabajador que labora bajo la apariencia de otra relación queda sujeto a la presentación de la demanda por parte de éste y al

reconocimiento de su verdadero estatus de trabajador por sentencia judicial en firme. Lo deleznable del razonamiento que pretendiera dar respuesta a los anteriores interrogantes releva de comentario mayor a la debilidad del argumento de que las sentencias que 'reconocen' el contrato de trabajo como el que 'en realidad' se desarrolló y ejecutó entre las partes en litigio es de naturaleza 'constitutiva' y no meramente 'declarativa', como hasta ahora se ha asentado por la Corte.

Cosa distinta ocurre, debe aclararlo la Corte, cuando quiera que el mismo legislador del trabajo dispone que los términos prescriptivos de las acciones o los derechos se agotan en determinado tiempo contado, por ejemplo, a partir de la terminación del vínculo contractual, o partir del día en que la acción pudo ejercitarse (es el caso de salarios y prestaciones sociales), o a partir del día en que la prestación se hace imposible (vacaciones en caso de terminación del vínculo), o de que se tuvo conocimiento de un determinado hecho o comportamiento (sanciones disciplinarias al trabajador), casos todos ellos previstos en la legislación extranjera como en alguna ocasión lo ha referido en sentencia de tutela la Corte Constitucional, pero que, frente a las mencionadas disposiciones del ordenamiento jurídico interno no pueden tener la misma aplicación, dado que, sin equivocó alguno, en éste el ejercicio de la acción está atado, por regla general, a la exigibilidad del respectivo derecho.

Aclarado lo anterior, en lo que interesa a la prescripción de los aportes a seguridad social, dado que los mismos constituyen el capital indispensable para la consolidación y financiación de la pensión, las reclamaciones por omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones y sus consecuencias están ligadas de manera necesaria tanto a la consolidación plena, como a la financiación debida de las respectivas prestaciones, lo que a diferencia de otras acreencias laborales, las excluye del fenómeno de prescripción sobre el derecho como tal, en orden a lo cual, la condena que se fulminó en primera instancia frente al pago de los aportes debidos no podía limitarse al último periodo trienal trabajado sino a los causados durante toda la vigencia de la relación laboral, como acertadamente así se dispuso.

Al respecto, en sentencia SL 738-2018, radicación n.º 33330 del 14 de marzo de 2018, M.P Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, la CSJ, puntualizó:

*“En torno a este punto, en sentencias como las CSJ SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 y CSJ SL16856-2016, entre otras, la Corte ha sostenido que *mientras el derecho pensional esté en formación*, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, no está sometida a prescripción. En similar dirección, en sentencias como las CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, y CSJ SL2944-2016, señaló que *«...el pago de los aportes pensionales al sistema de seguridad social, en tanto se constituyen como parte fundamental para la consolidación del derecho a la pensión de jubilación, no están sometidos a prescripción...»**

Si bien es cierto que, a partir de algunas de las anteriores decisiones, podría pensarse que el pago de los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, que es lo que en esencia se discute en este proceso, sí prescribe, pero teniendo en cuenta que la obligación se hace exigible a partir del momento en el que se reconoce la pensión de vejez o de jubilación, la Corte considera prudente precisar su doctrina, en cuanto a que, por tratarse de *aportes pensionales*, que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, como consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de

pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción. Así se consideró en la sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, que se refirió a la *imprescriptibilidad* de cálculos actuariales necesarios para financiar la pensión, o en la sentencia CSJ SL, 9 ag. 2006, rad. 27198, relacionada con la *imprescriptibilidad* de los bonos pensionales. En esta última decisión se anotó que,

[...] existe una relación indisoluble entre el bono pensional y el status de pensionado, debiendo correr la misma suerte la acción que se instaure en uno u otro caso para solicitar su reconocimiento, pues en puridad de verdad estos derechos están estrechamente ligados o entrelazados, y en estas condiciones ninguno de ellos admite prescripción extintiva del derecho en sí mismo.

Consideraciones que para la Sala resultan aplicables a la presente situación, pues el acopio de aportes pensionales omitidos por el empleador, sea cual sea la razón de ello, a través de cálculo actuarial, está ligado de forma lógica a la construcción del derecho pensional y a su financiación, de manera que, como se dijo en la sentencia CSJ SL795-2013,

*[...] teniendo en cuenta ese ideal constructivo y contributivo, que orienta las pensiones de jubilación, lo más justo y adecuado a las normas y principios del sistema de seguridad social, es que el afiliado tenga la oportunidad de enmendar o perseguir la integración de todos aquellos elementos que contribuyen al nacimiento de su pensión, o de atacar todas las contrariedades que afecten ese derecho en construcción, **en cualquier tiempo**, de manera que cuando cumpla el último de los requisitos necesarios para tales efectos, pueda empezar a disfrutar de su descanso de una forma remunerada, equilibrada y digna."*

Por lo expresado, en vista que la sentencia recurrida no presenta ninguno de los vicios endilgados por la parte demandada, se impone su confirmación.

COSTAS

Correrán a cargo del museo demandado las costas en esta instancia ante las resultas desfavorables de su recurso. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,


RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 18 de mayo de 2018 así como su complementaria del 9 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARÍA ELVIRA ARDILA ACERO en contra del MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ- MAMBO., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

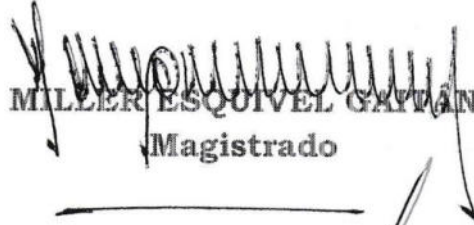
SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandada. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$877.803. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105039201600388 01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: CONTRATO DE TRABAJO – EST- RESPONSABILIDAD EMPRESA USUARIA.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 472 contra de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2018 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ILMA PÉREZ MARTÍNEZ en su contra; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la demandada a la Dra. Luisa Fernanda Viloría Sierra, con CC No. 1.014.248.881 de Bogotá y T.P No. 337.590 del CSJ, en los términos y para los efectos del poder visto a folios 670 a 689.

ANTECEDENTES

ILMA PEREZ MARTINEZ promovió demanda ordinaria laboral contra SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 472 para que previa la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 14 de febrero de 2008 y el 12 de septiembre de 2015, con un último salario de \$644.350.00 m/cte; sea condenada al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, recargos y el trabajo suplementario, causados durante su vinculación, junto con las indemnizaciones contempladas en los artículos 64 y 65 del C S del T y 99 de la Ley 50 de 1990; se compulsen copias de la sentencia al Ministerio de Trabajo para que previo trámite e

investigación imponga sanción administrativa contra la demandada y, al pago de costas y agencias

Como fundamento de sus pretensiones, relató, en síntesis, que laboró para la empresa SERVICIOS POSTALES NACIONALES 4-72 desde el 14 de febrero de 2008 hasta el 12 de septiembre de 2015, cuando le fue terminado su contrato sin justa causa, ocupó el cargo de auxiliar logístico u operador logístico, actividades que son propias del giro técnico administrativo de dicha empresa, cumplió durante la relación laboral con un horario de trabajo así como con las órdenes y tareas impuestas por funcionarios de mayor cargo, portando un carné que la identificaba como funcionaria de la empresa, su Jefe inmediato era el señor Diego Romero, pese a su relación laboral directa siempre fue vinculada mediante empresas de servicios temporales, devengó el salario mínimo mensual legal vigente para cada año laborado, sin que la demandada la afiliara al sistema de seguridad social en salud, pensiones, ni riesgos laborales, como tampoco le consignó las cesantías en el correspondiente fondo, ni le pagó los intereses a las cesantías, las vacaciones causadas y la prima legal de servicios, adeudándole la liquidación final de acreencias laborales (fls 1-17).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Luego de integrado en legal forma el contradictorio con las empresas ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORIAS LTDA, SEMTERPO BOGOTÁ S.A.; OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.; HUMAN STAFF S.A.; COLTEMPORAL S.A, Y S& A SERVICIOS Y ASESORIAS S.A, conforme lo ordenado por el Juzgado de Conocimiento mediante auto del 6 de julio de 2016 (fl 40), la pasiva dio contestación así:

SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 472, con escrito de folios 426 a 442 y 582-589, se opuso a todas y cada una de las pretensión de la demanda, aceptó los hechos relacionados con la falta de pago de prestaciones sociales y vacaciones con el argumento de no ser la obligada a su pago ante la ausencia de vinculo laboral que la haga responsable como empleadora, negándolos demás o manifestando no constarle; y propuso como excepciones las que denominó como: Falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de relación laboral entre las partes; inexistencia de solidaridad entre Servicios Postales Nacionales S.A., Organización Servicios y Asesorías Ltda., Sertempo Bogotá S.A., Human Staff S.A., Coltempora S.A., S&A Servicios y asesorías S.A., Optimizar Servicios Temporales S.A.; cobro de lo no debido; buena fe en el cumplimiento de sus actividades comerciales y

contractuales; prescripción y la genérica. En su defensa indicó que sostuvo relaciones netamente comerciales con las empresas Optimizar Servicios Temporales, Organización Servicios y Asesorías Ltda., Sertempo Bogotá S.A., Human Staff S.A., Coltempora S.A., S&A Servicios y Asesorías S.A., Optimizar servicios temporales, con las que contrató un servicio de suministro de personal para una actividad específica sin contratar al trabajador en misión, por lo que la demandante nunca tuvo un contrato individual de trabajo con esa empresa lo que la relevaba de tomar decisiones frente a la situación del trabajador en misión, no obstante en el período en el cual la actora le prestó servicios misionales fue garante que su empleador cumpliera a cabalidad sus obligaciones patronales frente a ésta, de tal forma que si el empleador llegaba a incumplir una de esas obligaciones sería evidenciado a través de los informes comerciales que los vincula con la EST y en ultimas resultaría el incumplimiento contractual que se dio en ninguno de los casos.

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

Pese a haber sido notificada en legal forma no dio contestación como así se dejó consignado en el auto calendado el 9 de marzo de 2017 (fls 528-529).

HUMAN STAFF SAS, con escrito de folios 113-116, se opuso a todas y cada una de de las pretensiones, manifestó no constarle la mayoría de los hechos y propuso las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. En su defensa refirió que el día 24 de marzo de 2011 suscribió con la demandante un contrato de trabajo por duración de obra o labor que finalizó el 15 de diciembre de 2011.

ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S., mediante escrito de folio 134 a 169 y 573-581, se opuso a todas y cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias, negó o manifestó no constarle la mayoría de los hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, prescripción, compensación, falta de título y causa de la demandante, buena fe y la genérica. Argumentó en su defensa que con la demandante suscribieron 2 contratos de trabajo por la duración de la obra o labor determinada, con origen en los requerimientos específicos e independientes de suministro de personal de carácter temporal realizados por parte de la empresa usuaria SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 472, requerimientos que corresponden a órdenes de servicios diferentes. El primer contrato de trabajo vigente entre el 13 de

febrero y el 16 de octubre de 2008 por cuanto la empresa usuaria indicó la terminación del requerimiento del personal realizado, cumpliendo con lo establecido en el literal d, art, 61 del C S del T. El segundo contrato por duración de la obra inició el 26 de octubre de 2008 hasta el 03 de mayo de 2009 el cual terminó por las mismas causales invocadas, pagando la totalidad de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones sin reclamación.

NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A., con escrito de folios 223 a 237 y 530-534, se opuso a todas y cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias negó o manifestó no constarle la mayoría de los hechos, salvo los relacionados con el cumplimiento de horario, ordenes y el salario devengado. Propuso las excepciones de prescripción, pago, compensación, inexistencia de la obligación y genérica. Adujo en su defensa que fue conocida anteriormente como SERTEMPO BOGOTÁ SA., cuyo objeto social es suministrar trabajadores en misión a las empresas usuarias, lo cual hizo con la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A., vinculando a la demandante a quien le pagó la totalidad de las acreencias laborales a las que por ley tenía derecho para cada uno de sus vínculos laborales, pues su último vínculo laboral tuvo vigencia entre el 5 de octubre de 2010 y el 23 de marzo de 2011.

S&A SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S., dio contestación con escrito de folios 289 a 298 y 535-572, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, negó o manifestó no constarle la mayoría de los hechos, salvo el relacionado con el carné y propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de su representado y a favor de la demandante, prescripción, buena fe y la genérica. En su defensa señaló que, suscribió con la actora un contrato individual de trabajo de obra o labor el 25 de noviembre de 2013 vigente hasta el 19 de octubre de 2014, para que prestara sus servicios a la demandada en el cargo de auxiliar logístico, y el segundo contrato de trabajo que lo fue entre el 6 y el 30 de noviembre de 2014, para el mismo cargo, cancelando salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social y la liquidación final de las prestaciones sociales.

COLTEMPORA S.A., con escrito de folios 360 a 384 se opuso a todas y cada una de las pretensiones, negó o manifestó no constarle la mayoría de los hechos y propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de despido, cobro de lo no debido

y falta de causa para pedir, buena fe de su representada mala fe, temeridad y deslealtad procesal de la parte actora, prescripción de derechos, inexistencia de solidaridad, compensación, falta de legitimación en la causa por pasiva y la innominada. Aceptó en su defensa que suscribió un contrato de obra o labor el día 16 de diciembre de 2011 hasta el día 10 de octubre de 2012 con la demandante, por lo que la terminación de su contrato no fue de forma unilateral sino en virtud del cumplimiento de una condición previamente convenida entre las partes, cumpliendo con el pago de las acreencias laborales. Habiendo ganado una licitación realizada por la empresa SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. para el suministro de personal en misión.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de septiembre de 2018, el Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“...PRIMERO: DECLARAR: que entre ILMA PEREZ MARTINEZ, de una parte y por la otra, SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 472, existió un contrato de trabajo, en calidad de trabajadora oficial desde el 14 de febrero de 2008 hasta el 12 de septiembre de 2015, conforme la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y declarar como no probadas las demás propuestas por la parte demandada, conforme a las consideraciones expuestas a lo largo de este proveído.

TERCERO: CONDENAR a la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 472, al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero:

- 1) Por concepto de cesantías durante la vigencia de la relación laboral, la suma de **\$4.177.121.00**.*
- 2) Por concepto de vacaciones la suma de **\$828.273.00** valor que deberá cancelarse indexado a la fecha de su pago efectivo, con base en el IPC certificado por el DANE, a fin de poder conservar el poder adquisitivo de la moneda, que a la fecha de hoy asciende a la suma de **\$245.258.00**.*
- 3) Por concepto de prima legal de navidad la suma de **\$1.656.545**.*
- 4) Por concepto de sanción moratoria por falta de pago a la terminación del contrato de prestaciones debidas, la suma diaria de **\$21.478.00** a partir del 27 de enero de 2016 y hasta cuando se verifique el pago de salarios y prestaciones sociales adecuadas a la demandante, que a la fecha de hoy asciende a la suma de **\$20.661.836.00***

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás prestaciones incoadas en su contra en atención a las consideraciones anteriormente expuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 472, a favor de la demandante de acuerdo con el núm. 1 del

artículo 365 del C G del P, estimando las agencias en derecho la suma de \$1.374.615.00.

SEXO: Como quiera que la condena fue adversa a la demandada y esta es una empresa comercial e industrial del estado, en el eventual caso que no sea apelada por la misma se remitirá al tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de la parte demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. 472, interpuso recurso de apelación¹ para obtener la revocatoria de la sentencia de primera instancia, con los siguientes argumentos: **1)** no existió una relación laboral entre su representada y la señora ILMA PÉREZ pues siempre estuvo vinculada por medio de Empresas de

¹ “Gracias señora juez estando en el momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir su digno despacho con el fin de que sea estudiada por el H. Tribunal de Bogotá sala laboral, con el fin de que sea revocada en su totalidad, teniendo en cuenta los siguientes argumentos: como se demostró desde el inicio del proceso en la contestación de la demanda, es claro que ILMA PÉREZ, actuado como demandante, no sostuvo ninguna relación laboral con mi representada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., y adicionalmente siempre estuvo vinculada por medio de servicios temporales para lo cual lo anterior fue aceptado por la señora Ilma Pérez, adicional a lo anterior, quiero que el honorable Tribunal tenga en cuenta la normatividad que regula este tipo de situaciones frente a los trabajadores misionales, es importante recordar que la contratación del servicio temporal en esta contratación surge una triple relación: la primera es de tipo comercial entre la usuaria y la empresa de servicios temporales, una segunda de carácter laboral entre la empresa de servicios temporales y el trabajador en misión; y, una tercera de tipo funcional con derechos y obligaciones de la usuaria con el trabajador en misión. En la primera, entre otras cosas, se debe quedar regulado lo concerniente a la forma en cómo se atenderán las obligaciones en temas de salud ocupacional de los trabajadores en misión la sujeción a lo dispuesto en la ley por parte de la empresa de servicios temporales con respecto al pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos y especificar los datos de póliza de garantía y pago de salarios y prestaciones sociales en caso de liquidez de la empresa, entre SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., como empresa usuaria y las empresas de servicios comerciales se celebraron contratos comerciales previos al proceso de licitación pública y con el fin de atender la necesidad de personal que en dicho contrato se pactó; dichos contratos fueron aportados oportunamente a la contestación de la demanda; además, se hace un consolidado de los contratos que suscribieron entre mi representada y las empresas de servicios temporales, con el cual tuvo como objeto el suministro de personal temporal y/o trabajador en misión con perfil de gerentes de proyecto profesionales, técnicos, administrativo y operarios; frente a la segunda relación o sea la laboral no cabe duda del carácter de verdadero empleador que la ley le da a las empresas de servicios temporales con las obligaciones que esto implica y que esto ya se genera por ser el empleador. Como lo hemos venido comentando hay una relación jurídica con identidad propia entre el trabajador en misión y la empresa de servicios temporales a través de un contrato laboral entre estas dos partes que puede revestir cualquiera de las dos modalidades previstas en la legislación laboral, por lo anterior es claro que entre mi representada y la señora Ilma Pérez Martínez no existió un contrato laboral, y es claro que tenía una condición de trabajadora misional en la cual SERVICIOS POSTALES NACIONALES 472 fungía como empresa usuaria, teniendo en cuenta lo anterior y la normatividad vigente, solicito que el honorable Tribunal revoque la sentencia emitida por el juez de primera instancia y adicional se tenga en cuenta que mi representada en el presente proceso si demostró que no existieron los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, especialmente el de la subordinación y que se estudie minuciosamente las pruebas allegadas al proceso bajo los presupuestos legales del código general del proceso y adicionalmente la confesión de la parte actora en el presente proceso, con lo anterior ratifico mi deseo de que el tribunal revoque en su totalidad la sentencia muchas gracias.”

Servicios Temporales como trabajadora en misión, como ella misma lo confesó, encontrándose a cargo de esas empresas el pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos; **2)** deben estudiar las pruebas allegadas al proceso bajo los presupuestos legales del C.G.P y en especial la confesión de la parte actora; **3)** entre la empresa usuaria y la demandante no se presentaron los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo, especialmente el de la subordinación; y **4)** su relación como empresa usuaria y las EST se rigió por contratos comerciales, previo proceso de licitación pública, con el fin de atender las necesidades de personal con perfil de gerente profesionales, técnicos, administrativo y operarios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte demandante insistió en que SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A 4-72 fungió como su verdadero empleador porque fue a quien le prestó sus servicios por más de 7 años bajo el falaz argumento de la imposibilidad de contratar todo el personal de planta mediante contrato de trabajo, siendo que la real intermediación debe ser temporal. Por su parte, dicha sociedad mantuvo su tesis de que no existió relación laboral alguna con la actora porque la vinculación laboral con ésta siempre se realizó a través de empresas de servicios temporales –EST; y por tanto, cualquier derecho laboral como la indemnización por terminación unilateral sin justa causa está a cargo de esas temporales.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se contrae a establecer si la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A 4-72, debe responder como verdadera empleadora por los servicios personales que la demandante le prestó a través de empresas de servicios temporales, o si, por el contrario, dichas vinculaciones la eximen de las obligaciones propias de la relación laboral con base en el ordenamiento que regula tales contrataciones, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DEL CONTRATO DE TRABAJO, EXTREMOS TEMPORALES Y SALARIO

No fue objeto de controversia por ninguna de las partes en las instancias, y así lo pudo constatar la Sala, que la señora ILMA PÉREZ MARTÍNEZ celebró con distintas Empresas de Servicios Temporales varios contratos de trabajo por obra o labor, siendo enviada con ocasión de los mismos a la empresa usuaria SERVICIOS POSTALES NACIONALES 472, como trabajadora en misión, para desempeñar los cargos de auxiliar operativo Tipo B, Asistente logístico-1653, operador logístico, siempre devengando un salario equivalente al mínimo legal mensual para cada anualidad, contratos que además de haber sido aceptados por la actora en su interrogatorio de parte, según la documental que milita en el informativo, se discriminan así:

1- ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S. (fls 25)

- Del 13 de febrero al 15 de octubre de 2008
- Del 16 de octubre de 2008 al 3 de mayo de 2009

2- NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES antes SERTEMPO BOGOTÁ S.A. (fl 26 y 258-288)

- Del 4 de mayo de 2009 al 30 de abril de 2010
- Del 1 de mayo al 13 de septiembre de 2010
- Del 5 de octubre de 2010 al 23 de marzo de 2011

3- HUMAN STAFF S.A (fl 29 y 117-132)

- Del 24 de marzo al 15 de diciembre de 2011

4- COLTEMPORA S.A (fl. 30)

Del 16 de diciembre de 2011 al 10 de octubre de 2012

5- OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A (fls 34)

- Del 11 de octubre de 2012 al 10 de octubre de 2013

6- S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS (fls 32-33 y 299-359)

Del 25 de noviembre de 2013 al 30 de noviembre de 2014

7- OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A (fls 35)

-Aunque consta carta de terminación del contrato de empleado en misión a partir del 12 de septiembre de 2015, ninguna documental dio cuenta de la fecha de iniciación.

Empresas de Servicios Temporales que en su momento celebraron contrato comercial con la sociedad SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A 4-72, para el suministro de personal en misión.

DE LA RESPONSABILIDAD DE LA DEMANDADA SERVICIOS POSTALES NACIONALES 472 FRENTE A LOS SERVICIOS A ELLA PRESTADOS POR LA DEMANDANTE.

Toda vez que la parte apelante recrimina a la sentencia de primera instancia una falta de análisis de las pruebas obrantes en el expediente con las que se encontraba acreditado que siempre fungió como empresa usuaria respecto a la labor ejecutada por la demandante en su beneficio, situación que la excluía de la responsabilidad frente al pago de las obligaciones laborales de dicha trabajadora en misión, forzoso se muestra, en primer lugar, acudir al ordenamiento legal que reglamenta la contratación con las EST para el suministro de personal, con el propósito de establecer la responsabilidad de las partes que en ella intervienen (Empresa Usuaria, EST, Trabajador en misión), para luego sí determinar, con el material probatorio, si en el presente asunto la labor desarrollada por la señora ILMA PEREZ MARTINEZ se ajustó a los requisitos de ley, esto es, si se trató de una trabajadora en misión, so pena que si fue indebida o irregular la vinculación y ejecución de su contrato, la Empresa Usuaria puede estar incurso en un contrato de trabajo realidad, pasando la temporal a ser la deudora solidaria².

Así, la ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.”* en lo pertinente prevé:

“ARTÍCULO 71. Reglamentado por el Decreto 1707 de 1991. Es empresa de servicios temporales aquella que contrata 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. Ver el Fallo del Consejo de Estado 4096 de 2006.”

ARTÍCULO 75. Reglamentado por el Decreto 1707 de 1991. A los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral. Así como lo establecido en la presente ley.

² En la sentencia CSJ SL17025-2016, reiterada en la 69399 del 15 de agosto de 2018, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en lo pertinente, señaló: *“Al respecto, esta Sala 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.”*

ARTÍCULO 77. Reglamentado por el Decreto 1707 de 1991. 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.”*

A su vez, el Decreto 4369 de 2006 “*Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones*”, en lo que aquí interesa, reza:

“ARTÍCULO 6o. CASOS EN LOS CUALES LAS EMPRESAS USUARIAS PUEDEN CONTRATAR SERVICIOS CON LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES. <Artículo compilado en el artículo 2.2.6.5.6 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1072 de 2015> Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

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

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

ARTÍCULO 20. MULTAS. <Artículo compilado en el artículo 2.2.6.5.20 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1072 de 2015> El Ministerio de la Protección Social impondrá mediante acto administrativo contra el cual proceden los recursos de reposición y apelación, multas diarias sucesivas hasta de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada infracción mientras esta subsista, en los siguientes casos:

(...)

- 3. Cuando la empresa usuaria contrate Servicios Temporales, contraviniendo lo establecido en los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 7o del presente decreto.*

(...)

PARÁGRAFO 1o. Las sanciones de que trata el presente artículo se aplicarán sin perjuicio de la responsabilidad solidaria existente entre la Empresa de Servicios Temporales y la empresa usuaria, y entre esta y quien suministra trabajadores de forma ilegal.

PARÁGRAFO 2o. (...)" (Resaltado propio de la Sala)

Del ordenamiento en cita es dable concluir que uno de los elementos esenciales de este tipo de acuerdos es la temporalidad del servicio de colaboración contratado. Quiere decir esto que el contrato comercial que suscribe la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales lo es para prestar un servicio restringido en el tiempo de apoyo o colaboración en cualquiera de los tres (3) eventos señalados en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Luego, el contrato comercial celebrado entre la empresa usuaria y la EST debe observar, reconducirse y explicarse en función de estas tres posibilidades de provisión de servicios temporales, lo cual significa que el uso de esta figura para vincular personal en misión en el marco de un proceso que no encaje en estas causales o que desborde los límites en ella previstos, socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual-normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria. Por ello es que se dice que, ante la falta de un referente contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral, que no confiesa su calidad de tal (ficto o falso empleador), y la empresa usuaria adquiere la calidad de verdadero empleador.

Aclarado lo anterior y como quiera que se halla plenamente demostrado con los distintos contratos de trabajo suscritos por la actora arriba enunciados, que entre el 14 de febrero de 2008 y el 12 de septiembre de 2015, ejecutó labores de operaria logística a favor de SERVICIOS POSTALES NACIONALES 472, a través de las EST ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORIAS LTDA, SEMTERPO BOGOTÁ S.A.; OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.; HUMAN STAFF S.A.; COLTEMPORAL S.A, Y S& A SERVICIOS Y ASESORIAS S.A, salta a la vista que la temporalidad de su vinculación, incluida la posibilidad de prórroga de seis meses, superó el máximo de un año permitido en el numeral 3° del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y el parágrafo del artículo 13 del Decreto 24 de 1998, modificado por el artículo 2 del Decreto 503 de 1998, con lo que la empresa usuaria infringió la prohibición legal referida, no sólo por extender el contrato con algunas EST por un término superior a 12 meses, sino también por suscribir otros con diferentes empresa de servicios temporales, desvirtuando con tal proceder la temporalidad de los servicios contratados para dejar en

evidencia su vocación de permanencia, dando así paso a la relación laboral que reclama la libelista. Al respecto, se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia en muchedumbre de oportunidades, entre ellas, en la sentencia SL1170-2017, rad. 45951, reiterada en CSJ SL13918-2017 rad. 51429, cuando sobre el particular precisó:

“...(...) En efecto, contrario al alcance que el tribunal dio en su sentencia a la normativa citada, cumplido el plazo legal de seis (6) meses, más la prórroga que autoriza el párrafo del artículo 13 del Decreto 24 de 1998, el banco usuario no podía prorrogar el contrato inicial, ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales, para la prestación del servicio a cargo de la demandante, pues al exceder los precisos términos de temporalidad establecidos por el legislador, socavó la legalidad y la legitimidad de esa forma de vinculación laboral de aquella, convirtiéndose en su verdadero y directo empleador.

De la anterior manera explicó esta Sala de la Corte el tema del límite cronológico de la vinculación de trabajadores en misión y de las consecuencias de su transgresión, en la SL17025-2016, radicación 47977, del 16 de noviembre de 2016, debiéndose recordar que tanto la normativa que se viene comentando, como la jurisprudencia, procuran salvaguardar el trabajo permanente y evitar que el trabajo en misión, a través de empresas de servicios temporales, sea utilizado de manera abusiva por empleadores que pretendan implementarlo para realizar actividades que están por fuera de los específicos supuestos de hecho de los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.”

Así, además del desconocimiento de la empresa usuaria frente al plazo en la contratación con EST y el carácter permanente de la actividad de operaria logística que desempeñó la demandante durante todo el tiempo de su vinculación, aunque pretendió excusarse en que <<desconocía los trabajadores en misión que las empresas temporales retiraban o contrataban>>, como así lo manifestó al dar contestación a la demanda (fl 427), lo cierto es que tal omisión lejos de exonerarla, llevan a afirmar a este Colegiado que conscientemente uso de manera fraudulenta la contratación con las EST para suplir requerimientos permanentes con la misma persona, so pretexto de no tener esa obligación de indagar si la trabajadora en misión que le fue enviada por las distintas EST ya le había prestado sus servicios³, el razonamiento es sencillo, nadie puede

³ *“En los contratos con empresas de servicios temporales si se cumple el término de seis meses más su prórroga, no es posible que la empresa usuaria prorrogue el contrato inicial ni celebre uno nuevo con la misma o con otra empresa de servicios temporales **para contratar al mismo trabajador**, pues al exceder dicho término, establecido por el legislador, se atenta contra la legalidad y legitimidad de esa forma de vinculación laboral.*

(...)

En los contratos con empresas de servicios temporales la interrupción del servicio de manera ficticia, es decir, sin razones objetivas o técnicas por parte de la empresa usuaria, no afecta la continuidad de la vinculación laboral del trabajador en misión cuando desempeña la misma actividad

beneficiarse de su propia culpa, como así lo enseña el principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*; en orden a lo cual, por virtud de la ilicitud de la intermediación ilegal, es que funge como verdadera empleadora al configurarse un contrato de trabajo realidad.

Bajo tal entendido, ante la ilegal ejecución del contrato de trabajo celebrado con las temporales ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORIAS LTDA, SEMTERPO BOGOTÁ S.A.; OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.; HUMAN STAFF S.A.; COLTEMPORAL S.A, Y S& A SERVICIOS Y ASESORIAS S.A, debe considerárseles como simples intermediarias, que al no manifestar su calidad de tal, estarían obligadas a responder solidariamente por la integridad de las sumas debidas de la empresa usuaria SERVICIOS POSATALES NACIONALES 472 a la demandante, empero, al no haber sido materia de la sentencia ni del recurso de apelación el tema de la solidaridad de las EST ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORIAS LTDA, SEMTERPO BOGOTÁ S.A.; OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.; HUMAN STAFF S.A.; COLTEMPORAL S.A, Y S& A SERVICIOS Y ASESORIAS S.A, con las que la empresa usuaria celebró los contratos comerciales y se integró el contradictorio inicialmente, ninguna declaración en tal sentido es factible realizar en esta oportunidad, sobre todo si se tiene en cuenta que todas fueron excluidas del debate probatorio desde la providencia del 7 de diciembre de 2017 (fls 601-602), cuando se declaró probada, en su favor, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, sin reparo alguno de las otras dos partes.

De tal modo, no encuentra este Colegiado dislate en la sentencia recurrida que declaró a la censura como la verdadera empleadora de la promotora de esta actuación y, por tanto, como obligada principal y única deudora de las acreencias nacidas con ocasión de dicho vínculo, pues la declaratoria de la existencia entre las partes de un verdadero contrato de trabajo operó por ministerio de la ley, ante el incumplimiento del plazo allí establecido para la contratación indirecta de trabajadores y el carácter permanente del cargo desempeñado por la actora para la empresa usuaria, quien como es sabido, es la que ejerce

(...)

La empresa de servicios temporales debe requerir información a la empresa beneficiaria con la que pretende contratar para verificar si el trabajador en misión ha estado vinculado anteriormente con otra empresa de servicios temporales desarrollando la misma labor, esto con el fin de no desbordar el término de contratación de un año establecido por la ley y así liberarse de la responsabilidad solidaria” (CSJ SL3520-2018 sentencia del 15 de agosto de 2018 rad. 69399 M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

la subordinación material⁴, de ahí que el disenso expuesto por la sociedad recurrente en cuanto a la ausencia del requisito de subordinación como uno de los tres elementos del contrato de trabajo, carezca tanto de respaldo jurídico como de facto.

Así las cosas, se impone la confirmación de la sentencia recurrida.

DE LAS COSTAS

Atendiendo el resultado del recurso las costas de esta instancia corresponde imponerlas a la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A 4-72. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2018, por el Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por ILMA PEREZ MARTINEZ, en contra de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.


SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$877.804. Se confirman las de primera instancia.

⁴ «En sede de instancia, 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".

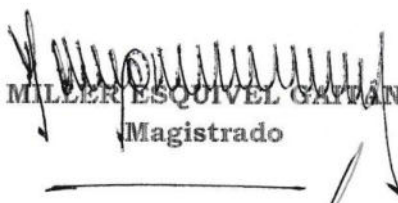
Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria». (CSJ SL3520-2018 sentencia del 15 de agosto de 2018 rad. 69399 M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

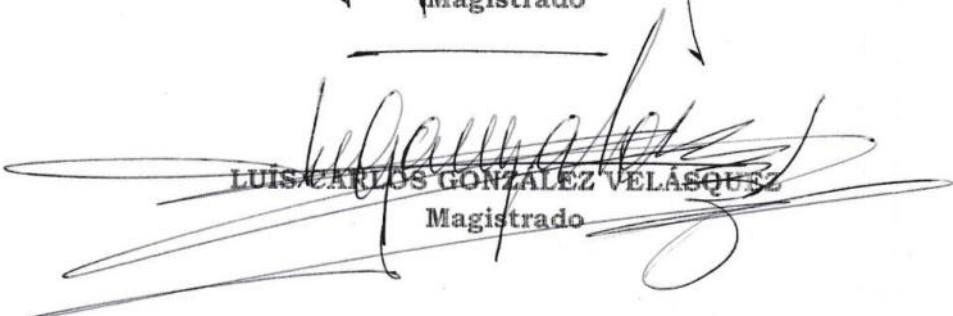
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CAYMÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105018201600526 02

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

Tema: Terminación del contrato de trabajo. Renuncia vs despido. Valoración probatoria WhatsApp.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 30 de abril de 2018 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUIS ANDRÉS MILLAN PINZÓN**, en contra de la **FUNDACIÓN ICTUS**, operador de **CANAL TELEAMIGA**.

ANTECEDENTES

LUIS ANDRÉS MILLAN PINZÓN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de FUNDACIÓN ICTUS, operador de CANAL TELEAMIGA, a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado SEC CTA (liquidada a la fecha presente), para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 1° de marzo de 2009 y el 1° de agosto de 2016, así como que su liquidación no se encuentra ajustada a derecho, y que la renuncia obedeció al continuo acoso laboral al que se vio expuesto por su jefe inmediata la señora Angela María Narvaez Cobo; se condene a la demandada al pago de las diferencias entre el valor consignado y su base salarial promedio por un valor de \$9.610.884, respecto de las cesantías, los intereses a las cesantías, primas, vacaciones, así como al pago de la indemnización moratoria y por el despido sin justa causa (Arts 65 y 64 del CST), la indexación, lo que resulte ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, relató, en síntesis, que prestó sus servicios a la demandada desde el mes de septiembre de 2001 hasta el 28 de diciembre de 2007 en el cargo de mensajero con una asignación salarial de \$286.00, desde enero de 2008 hasta el 28 de febrero de 2009 en el cargo de ejecutivo de cuenta con una asignación salarial de \$496.000 y, que suscribió contrato de trabajo a término indefinido 1° de marzo de 2009 para ocupar el cargo de ejecutivo de cuenta con una asignación salarial de \$583.000; que el 1° de marzo de 2016 firmó Otro Sí en el que se estableció una remuneración salarial de \$1.500.000, más el

10% de comisiones de ejecutivos de cuenta y 5% de comisiones de clientes corporativos; que el 19 de julio de 2016, ante la Oficina de Talento Humano, presentó escrito de acoso laboral contra la señora Angela María Narváez Cobo, sufriendo en adelante de actos de persecución por parte de la Dirección ejecutiva a través de comunicados públicos; que el 21 de julio de 2016 rindió descargos y solicitó el pago de comisiones de cartera castigada, la cual fue rechazada por el señor José Luís González, Director General de Ventas, quien desclasificó la labor realizada por el área comercial; que el 25 de julio de 2016 renunció irrevocablemente en carta dirigida a la Directora Ejecutiva, siendo luego convocado a conciliar sus derechos laborales, la cual fue rechazada el 28 de julio de 2016 para en su lugar, el 1º de agosto de 2016 comunicársele la terminación de su contrato laboral, sin que a la fecha se le hayan cancelado sus derechos con el salario básico y las comisiones recibidas en el último año, debido a que el salario base promedio mensual se encuentra en \$10.969.242 (fls 2-22 y subsanación fls 298-304).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada, con escrito de folios 306 a 315 se opuso a todas y cada una de las pretensiones, negó o manifestó no contarle la mayoría de los hechos salvo los relacionados con el contrato celebrado el 1º de marzo de 2009, el otrosí y la respuesta brindada a la carta de renuncia. Y propuso las excepciones de compensación, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de abril de 2018, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato laboral entre las partes, vigente desde el 1 de marzo de 2009 hasta el 1 de agosto de 2016, desempeñando como último cargo el de Director Comercial, absolvió a la demandada de las demás pretensiones, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y condenó en costas al demandante, señalando como agencias en derecho la suma de \$500.000.oo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación¹, con el argumento que el A quo se

¹ “Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia presentada en los siguientes términos, recogiendo lo argumentado en la sentencia apoya su señoría la decisión en que finalmente la salida del señor Millán de la FUNDACIÓN ICTUS fue por terminación de contrato con justa causa y no una renuncia motivada, pero desatendió su señoría con todo respeto, la situación previa a esa terminación del contrato, que había sido en primera medida el 19 de julio una queja de acoso laboral presentada ante Gina Alexandra, una persona parte del comité de convivencia y si bien usted indica de que no se evidencia en el cuerpo del documento el recibió de la misma, es claro ahí la suscripción de la firma de una persona y bajo la gravedad de juramento acá en el interrogatorio de parte del señor Millán, así lo manifestó, seguidamente a esa terminación del contrato previo, esa terminación del contrato habiendo existido la queja de acoso laboral, la entidad no le dio el trámite correspondiente y si se da cuenta su señoría, la queja es presentada contra la señora Ángela María Narváez quien finalmente es quien procede a terminar el contrato del señor Millán y quien también es la persona que le da respuesta a la renuncia irrevocable del señor Millán, motivada por las mismas situaciones de acoso laboral, claramente hay un conflicto de intereses siendo la persona que es acusada de acoso la misma que le da terminación de contrato al trabajador que se queja de dicha situación, es claro entonces que esa carta de despido no hizo más que ratificar la situación de acoso y

equivocó al considerar que la terminación de contrato fue con justa causa y no se trató de una renuncia motivada, pues desatendió la situación previa a esa terminación como lo fue la queja por acoso laboral del 19 de julio, que según la firma de una persona allí estampada, sí fue recibida, como también lo declaró el trabajador en el interrogatorio de parte, queja a la que no se le dio trámite pese a que fue presentada contra la señora

concluir lo que finalmente pretende el acoso laboral en el entorno laboral y es provocar la salida del trabajador, en este caso finalmente no se pudo concluir la salida del trabajador que en este caso no se pudo concluir con la renuncia que no fue aceptada precisamente por la persona a quien iba dirigida sino que fue traducida por una terminación del contrato justamente aproximadamente 13 días después de haber recibido la queja sin que ante el comité de convivencia que está claramente constituido como manifestó en su momento el representante legal, se hubiera dado el más mínimo trámite del hecho, es claro la negligencia de la entidad frente al trámite de la queja de acoso desatendiendo todos los presupuestos de la ley 1010 y de la resolución 651. Ahora bien, teniendo en cuenta todos los hechos narrados y las premisas normativas que define la constitución del acoso laboral, de conformidad con la ley 1010 de 2006, se dan los presupuestos legales para la configuración de acoso laboral frente al demandante aquí y el señor Andrés Millán, toda vez que en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la precitada ley fue víctima de, me permito precisar, la aducción pública de hechos pertenecientes a la intimidad de la persona como lo sucedió en la reunión del 7 de julio y del 30 de julio, la exigencia de laborar en horario excesivo respecto de la jornada laboral contratada o legalmente establecida, como el hecho de que le hubiera pedido la señora Narváez que lo acompañara después de la reunión que tuvieron en el restaurante y más aun haciéndole la precisión de que fueran solos, cuando el señor Millán manifestó que no podía y solicito la compañía de alguien, la señora manifestó gran enojo, también los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y festivos, tan es así que el señor Millán era perturbado con llamadas, WhatsApp en fines de semana sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa o en forma discriminatoria respecto de los demás trabajadores o empleados, también el trato notoriamente discriminatorio respecto de los demás empleados respecto en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales como fue la negativa al ingreso de personas a visitas o a interactuar con el señor Millán de tipo personal como lo fue el hecho de que hubieran impedido el ingreso de su hijo para una diligencia de tipo personal que iba a realizar, las negativas a suministrar materiales de información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor en lo que respectaba al trato y a las diligencias frente a los clientes, así mismo su señoría recogiendo lo manifestado por la sentencia, bien indica que la forma en la que están estructurados o aportados los WhatsApps entre el señor Millán y la señora Narváez no demuestran que provengan del celular de la señora Narváez, bajo los argumentos y la estructura de esa misma redacción usted si recoge de esas mismas líneas de las conversaciones los puntos donde el señor Millán acepta regalos entonces porque si y me disculpara el cuestionamiento aceptarlo al momento en el que el señor Millán recibe los regalos o le da el agradecimiento a la señora Narváez pero no para los momentos para los cuales ella manifiesta situaciones poco más allá de la relación laboral hacia el señor Millán, así mismo tal y como lo define el artículo 2, continuando con el análisis de la ley 1010, el señor Millán fue inducido a renunciar por conducta persistente y demostrable de la señora Angela María Narváez como jefe directa, por su constante acoso sentimental el cual le causo angustia a mi prohijado por encontrarse en una posición sumisa y subordinada y con el constante temor de ser despedido sin justa causa si no accedía a sus pretensiones, frente a ello y frente a esta conducta clara que llevo al señor Millán a renunciar, la corte constitucional se ha pronunciado y en el particular de la señora de la siguiente forma, *“cuando la conducta sea desplegada en habito del sector privado, por su parte y esta haya dado lugar a la renuncia o el abandono del trabajo de la víctima, se entenderá como terminación del contrato de trabajo sin justa causa y en tal caso procederá la indemnización del que trata el artículo 64 del CST”* ahora bien siguiendo el apoyo de la ley 1010 en su artículo 11 nos habla por el **fuero** del acoso laboral, que consiste en un amparo de la víctima de acoso laboral una vez se interponga una aqueja, petición o denuncia de acoso laboral o para quienes sirvan de testigos de procesos de acoso laboral, frente a la queja en este caso la FUNDACIÓN ICTUS después del 19 de julio no hizo absolutamente nada más que proceder con el despido del señor Millán, cuando debió activar el comité de convivencia, en este caso es claro la conclusión del tema de acoso, no se generó el espacio para que las partes interactuaran y resolvieran el conflicto, para ser escuchado y concretado los hechos que esgrimía el señor Millán en la queja de acoso laboral, en ese orden de ideas cuando la presunta víctima presenta una queja fundada informando que está padeciendo una conducta de acoso no podrá ser terminado su contrato de manera unilateral como lo hizo la FUNDACIÓN ICTUS en este caso, debió haber abierto espacio para resolver la situación de conflicto y una vez determinado si efectivamente no existía acoso laboral, que era lo que le tenía la señora Narváez, bien si hubiera podido proceder a la terminación aparente o con justa causa del señor Millán, en este caso, estaba claramente esgrimida cada uno de los hechos por los cuales el señor Millán presentaba su renuncia motivada y también las razones por las cuales presentaba la queja de acoso laboral que configuraban una verdadera conducta de acoso para su persona, según los parámetros de la ley 1010 del 2006, **esta protección de la cual habla la ley 1010 transcurre desde la interposición de la queja hasta el momento en que se resuelva el conflicto por un término de 6 meses**, incluso después de haberse resuelto la situación, es decir 6 meses contados a partir desde la interposición de la queja hasta la resolución del conflicto, los anteriores son unos términos generales de condición que trae la norma y de los cuales se debe dar respeto a los fueros laborales que establecen las disposiciones sustantivas y constitucionales en Colombia, por consiguiente si el empleador le es indispensable verificar que el trabajador presente o tiene o le asiste el derecho de la situación de acoso laboral debe darle trámite a dicha situación y no proceder en retaliación, porque es que así se entiende esta historia a terminar el contrato de trabajo, en este orden de ideas su señoría apelo la sentencia interpuesta.”

Angela María Narváez quien fue la que le terminó el contrato y le dio respuesta a la renuncia irrevocable, existiendo claramente un conflicto de intereses; por tanto, al no haberse surtido el más mínimo trámite del hecho del acoso, es clara la negligencia de la entidad desatendiendo todos los presupuestos de la ley 1010 y de la resolución 651, configurándose así todos los presupuestos del acoso laboral como se evidenció en las reuniones del 7 y del 30 de julio, la exigencia de laborar en horario excesivo respecto de la jornada laboral contratada o legalmente establecida, tener que acompañar a la señora Narváez después de la reunión que tuvieron en el restaurante, las llamadas y WhatsApp en fines de semana, el trato notoriamente discriminatorio respecto de los demás empleados, negar el ingreso de su hijo para una diligencia de tipo personal que iba a realizar, las negativas a suministrar materiales de información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor en lo que respectaba al trato y a las diligencias frente a los clientes, debatiendo que el Juez admitiera la prueba de los WhatsApps entre el señor Millán y la señora Narváez donde se aceptaron regalos pero no los momentos que excedieron la relación laboral, de suerte que según la ley 1010, fue inducido a renunciar por conducta persistente y demostrable de la señora Angela María Narváez como jefe directa, por su constante acoso sentimental, procediendo la indemnización del artículo 64 del CST, porque gozaba del fuero previsto en el artículo 11 de dicha ley.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, la apoderada de la parte actora insistió en la prosperidad de las pretensiones no sólo por la existencia del acoso por parte de su jefe sino por la protección que le brinda la ley 1010 de 2006.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se circunscribe a determinar si los hechos que antecedieron a la renuncia del actor -que en su sentir configuraron un acoso laboral- fueron mal valorados, en particular, la queja por acoso laboral de fecha 19 de julio de 2016, que le brindaba una estabilidad laboral y, por ende, si la terminación del contrato es injusta procediendo el pago de la indemnización correspondiente a cargo de la demandada.

DE LA RELACIÓN LABORAL

No es objeto de controversia en esta instancia que entre las partes existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo vigente entre el 1º de marzo de 2009 y el 1º de agosto de 2016, en virtud de la cual el demandante, señor LUIS ANDRES MILLAN PINZÓN, desempeñó como último cargo el de Director Comercial, recibiendo como último sueldo mensual la suma de \$1.500.000 más una comisión de ejecutivos de \$9.870.223, circunstancias que además se constatan con la copia del contrato de trabajo a término indefinido y su otro sí (fls. 43-46), el

expediente laboral del demandante (fls 338-559), donde reposan las planillas de aportes a seguridad social, los comprobantes de nómina, y con la liquidación final de prestaciones (fl 57), entre otros.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO - RENUNCIA MOTIVADA - DESPIDO

Tema principal de la censura en su recurso consistió en que la terminación del contrato de trabajo fue consecuencia de la renuncia motivada que presentó el 25 de julio de 2016 a la demandada, la cual reiteró el 27 de julio siguiente con el carácter de irrevocable.

Al respecto, no negó la pasiva la existencia de dicha carta presentada por el trabajador luego de que éste rindiera descargos el 19 de julio de 2016, pronunciándose frente a la misma con respuesta del 28 de julio 2016 en el sentido de abstenerse de aceptar la solicitud y negar las motivaciones allí contenidas, decidiendo en su lugar despedirlo, a partir, inclusive, del 1º de agosto de 2016, según carta de la misma fecha.

Pues bien, en aras de zanjar la anterior discusión ha de indicarse en primer lugar, que las relaciones de trabajo pueden darse por terminadas de forma anticipada, por mutuo acuerdo de las partes o bien por decisión de una de éstas enmarcada o no en una justa causa contemplada en la ley, el contrato de trabajo, el reglamento interno, o las pactadas como tales en convenciones o pactos colectivos; de modo tal que cuando es el empleador quien toma la decisión de finiquitar el vínculo se denomina despido, mientras que si quien adopta tal decisión es el trabajador, se entiende entonces que se configura una renuncia, caso éste último en el que es menester recordar que existen situaciones especiales donde la decisión del trabajador de dar por terminada la relación laboral obedece principalmente a las conductas desplegadas por el empleador que se ubican en las señaladas en el literal b del artículo 62 del CST, conociéndose a tal fenómeno como despido indirecto o renuncia motivada.

Así, la parte que toma la decisión de dar por terminada la relación laboral, si opta por aducir una justa causa, tiene la obligación manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esta determinación, no siendo dable posteriormente alegar válidamente una causal distinta a la que sea enunciada, tal y como lo enseña expresamente el párrafo único del artículo 62 del CST.

Aclarado lo anterior, como en el presente caso la terminación del contrato de trabajo no obedeció al despido efectuado por la demandada, a partir del 1º de agosto de 2016, sino a la renuncia presentada por el demandante el 25 de julio de 2016, en el entendido que no era requisito indispensable para que ésta produjera efectos su aceptación por parte del empleador, pues al trabajador le bastaba comunicar la renuncia y los motivos que precedieron su decisión de terminar el contrato con justa causa sin que para ello necesitara del consentimiento o autorización de aquél, ya que la Ley no prevé para la validez de la renuncia que ésta sea aceptada; dado que le correspondía al señor LUIS ANDRÉS MILLÁN PINZÓN acreditar la ocurrencia de los hechos mencionados en la carta de renuncia (fls 59-60),

es por lo que se remite la Sala a su contenido, en el que, grosso modo, se enlistan las siguientes conductas: **1)** haber sido objeto del acoso laboral por parte de la Directora Ejecutiva del Canal y Jefes inmediatos, y **2)** ser víctima de acoso sexual por parte de la señora Ángela María Narváez, Directora ese medio televisivo, quien ante su negativa desató una persecución en su contra que derivó en una citación a descargos; advirtiendo en dicho documento que no asistiría a diligencia de descargos y que en su momento y ante las autoridades competentes presentaría las pruebas documentales y testimoniales con las que demostraría sus afirmaciones y su inocencia ante los supuestos espurios, cargos de maltrato a un cliente y sus compañeros de trabajo, fuga de información empresarial e indebida recepción y utilización de la misma, inconformidad del Departamento de Producción frente a quejas del Área Comercial y demás acusaciones infundadas.

En relación con el acoso laboral, toda vez que en el recurso el apelante sostuvo que para la fecha de la terminación de su contrato de trabajo, 1º de agosto de 2016, gozaba de la protección prevista en el artículo 11 de la ley 1010 de 2006², y sobre esa base cuestiona la deficiente valoración probatoria que el A quo realizó a los hechos por él relatados en los que soportó su carta de renuncia motivada; basta precisar que en ningún dislate incurrió el fallador de primera instancia cuando aseguró que en el presente caso no existía la referida protección, si se tiene en cuenta que no obraba queja en tal sentido, pues el documento de fecha 19 de julio de 2016, que milita a folio 58, dirigido al Comité de Convivencia Laboral, no contiene sello de recibido por la demandada, o cualquier otra constancia que dé cuenta de su efectiva radicación ante dicho comité, en la medida que lo único que se lee en el extremo final derecho de ese documento es la palabra “julio/19/2016”, con lo que al parecer es una firma, desconociéndose el autor de la misma o la dependencia receptora, sobre todo cuando tampoco esa circunstancia de la radicación halló respaldo en la prueba declarativa, no guardando coherencia dicha radicación con otros de los documentos entregados a su empleadora como lo fue su renuncia del 25 de julio, o los comunicados del 18 y del 21 de julio (fls 59-60, 93-97, 101, 107) que contienen impreso el sello con el lema “Fundación INCTUS

² **ARTÍCULO 11. GARANTÍAS CONTRA ACTITUDES RETALIATORIAS.** A fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcanse las siguientes garantías:

1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.

2. La formulación de denuncia de acoso laboral en una dependencia estatal, podrá provocar el ejercicio del poder preferente a favor del Ministerio Público. En tal caso, la competencia disciplinaria contra el denunciante sólo podrá ser ejercida por dicho órgano de control mientras se decida la acción laboral en la que se discuta tal situación. Esta garantía no operará cuando el denunciado sea un funcionario de la Rama Judicial.

3. Las demás que le otorguen la Constitución, la ley y las convenciones colectivas de trabajo y los pactos colectivos.

Las anteriores garantías cobijarán también a quienes hayan servido como testigos en los procedimientos disciplinarios y administrativos de que trata la presente ley.

PARÁGRAFO. La garantía de que trata el numeral uno no regirá para los despidos autorizados por el Ministerio de la Protección Social conforme a las leyes, para las sanciones disciplinarias que imponga el Ministerio Público o las Salas Disciplinarias de los Consejos Superiores o Seccionales de la Judicatura, ni para las sanciones disciplinarias que se dicten como consecuencia de procesos iniciados antes de la denuncia o queja de acoso laboral.”

en el que aparecen diligenciadas las líneas en blanco con el nombre de la persona que recibe así como la fecha y hora, además de la anotación: *La recepción de esta comunicación no compromete en nada a la empresa, es solo una constancia de recibo para su estudio*”, sin que menos aún sea prueba de la dicha radicación en las dependencias de la demandada lo manifestado por el actor al absolver interrogatorio de parte, como lo peticiona en la alzada, pues la confesión, en términos del artículo 191 del CGP, requiere *“que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria”*, entre otros aspectos, de ahí que mal pueda endilgarse una indebida valoración sobre tales medios probatorios.

Bajo tal entendido, aunque el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, consagra una garantía a la víctima de acoso laboral, para que no pueda ser desvinculada, esto es, para evitar actos de represalia en su contra, operando en favor de la persona que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios que alude dicha normativa, la presunción de que el despido que se lleve a cabo dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, debe entenderse que tuvo lugar por motivo del acoso, correspondiéndole, en ese orden, al empleador demostrar que la terminación del contrato de trabajo no fue producto de la denuncia instaurada por el trabajador, para que no proceda su ineficacia; en el presente caso ante la ausencia absoluta de queja por acoso laboral y, de contera, del trámite correspondiente, por supuesto que ni la aludida protección ni la referida presunción benefician al trabajador demandante dentro de esta actuación, máxime cuando no fue su intención adelantar actuación judicial por acoso laboral como así lo hizo saber expresamente al ser indagado por el Juzgado al momento de requerirlo para que subsanara la demanda (fls 296-299), lo que de suyo relevaba al fallador de primera instancia para escudriñar si la terminación del contrato estuvo precedida del trámite del acoso laboral, debiéndose enfocar, ante el hecho cierto de la renuncia motivada, en la demostración o no de las causales invocadas por el trabajador.

En otras palabras, habida cuenta que no estamos al interior de un proceso especial de acoso laboral, en el que se deban verificar conductas materia de denuncia o queja instaurada por la supuesta víctima, las que como es sabido se circunscriben a aquellas que constituyen acoso en los términos del artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, donde, al tenor de lo previsto en numeral 1 del artículo 11 ibídem, es la autoridad administrativa, judicial o de control competente de adelantar su estudio, la encargada de verificar la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento, ya que no se encuentran en este juicio reunidos los requisitos indispensables para poder dar aplicación a las prerrogativas por retaliación, ningún reproche asiste a la sentencia objeto de apelación en cuanto dirigió su estudio a analizar, en conjunto, el elenco probatorio para determinar si había justa causa o no en la determinación del demandante de finiquitar el vínculo laboral.

En este punto conviene indicar que la radicación que se realizó ante el Ministerio de Trabajo a través de la figura del derecho de petición -acoso laboral-, con fecha del 1º de agosto de 2016 (fls 26-41) ninguna incidencia

presenta al respecto si se tiene en cuenta que se presentó luego de que el actor hubiera dimitido a su cargo.

Establecido entonces que no existió, previo a este proceso, un trámite de acoso laboral, huelga indicar que al fincar el señor MILLAN el primer reparo de la carta de renuncia en el hecho de que hubiera tenido que rendir descargos el 19 de julio de 2016, los que dice, fueron consecuencia de una serie de eventos ejercidos en su contra tanto por la Directora Ejecutiva del Canal como por sus jefes inmediatos, forzoso resulta precisar que la mayoría de preguntas efectuadas en dicha diligencia estuvieron encaminadas a que indicara (i) la formación académica que señaló en su hoja de vida, (ii) la fecha de grado e institución donde realizó sus estudios de bachillerato, (iii) si era cierto o no que incorporó el diploma de grado dentro de los anexos de la hoja de vida para la vinculación en esa compañía, (iv) que explicara lo sucedido el día anterior en el canal (18 de julio de 2016), (v) que mencionara si tenía conocimiento de sobre irregularidades en la gestión del departamento técnico, (vi) si había manifestado irregularidad en el sistema de emisión, (vii) si tenía conocimiento de que los directivos o funcionarios de Teleamiga ejecutaron actos que atentaran contra la estabilidad financiera y/o comercial de esa entidad y, (viii) si quería agregar algo más a la diligencia.

Descargos que por tanto, examinados desde todo su contexto, lejos de confirmar que allí se le imputaron al trabajador faltas relacionadas con maltrato a un cliente y sus compañeros de trabajo, fuga de información empresarial e indebida recepción y utilización de la misma, inconformidad del Departamento de Producción frente a quejas del Área Comercial y demás acusaciones infundadas, dejan en evidencia que lo se pretendía con los mismos era obtener información acerca de sus estudios, en particular los registrados en su hoja de vida, y si tenía conocimiento de irregularidades en el Departamento Técnico, en el sistema de Gestión y de directivos sobre aspectos financieros, lo que de suyo permite concluir que ninguna persecución laboral se presentó por el hecho de solicitarle que rindiera descargos, o por lo menos no en los términos por él aducidos; siendo conveniente aclarar que fue tan sólo en el momento que se le dio la oportunidad de narrar lo sucedido el día anterior, que comentó que un mes atrás se presentó una situación con Ángela en la que sintió un acoso sentimental pero al negarse ella corto comunicación con él, luego de lo cual se sintió acosado con llamados de atención, menosprecios, descalificaciones por parte de la dirección ejecutiva, un llamado de atención que deja ver continuamente el acoso y la negación de alianzas comerciales, todo ello luego de haber reconocido expresamente que **“la actitud de ayer estuvo mala”**, pues ante el retiro de la compañía del señor Ronald Gomez tomó la decisión frente a la Directora Ejecutiva de alzar su voz esperando ser escuchado por ella y dándole a entender el atropello y la injusticia que se llevó a cabo con ese empleado. Aunado a lo anterior, cuando se le concedió el uso de la palabra para agregar algo más, admitió que había dicho a José Luis que quería irse en buenos términos, que no podía trabajar con Angela y su equipo, que fue atento y alegre con ella a quien siempre respeto pero que lo llamaba los días no laborales de 3 a 4 de la tarde, que no tenía acta de grado de una universidad lo cual era de conocimiento de la demandada y, que Angela le dijo que se había

enamorado de él a lo cual le respondió que no podía ser, manifestando igualmente tener información que perjudicaría al canal a menos que siguieran acosándolo laboralmente, y que habló con alguien del Ministerio que le dijo que si entregaba la carta al Comité de convivencia no lo podían despedir por declarar acoso laboral, comentarios estos dos que al haber sido realizados de manera libre y espontánea lo que dejaron en evidencia es que fue hasta ese momento que planteó una situación ocurrida entre él y la señora Ángela, que le alzó la voz a ésta en una reunión y que contaba con información de la empresa que consideró podría utilizar en su contra, excediéndose con tal proceder en las explicaciones por las que se le citó.

En suma, no le asiste razón a la parte actora cuando asevera que la diligencia de descargos fue producto de una serie de situaciones constitutivas de acoso laboral, ya que lo que se desprende de su contenido más que una acusación es que se trató de una investigación por hechos que no guardaban relación directa con su labor de directivo comercial, sino con la información que proporcionó para ser contratado sobre los estudios por él realizados (bachillerato) y con otras áreas con las que por supuesto mantiene contacto, siendo él quien adujo, en señal de defensa, que tenía información de su empleadora y que era conocedor que una queja por acoso laboral podría evitar su despido, sacando a la luz tan sólo en ese momento y no antes, una serie de situaciones con su jefe, la Doctora Ángela, que en su opinión traspasaron la barrera laboral a la sentimental al punto de calificarla como acoso.

De otra parte, en lo que interesa al acoso sentimental del que aduce haber sido víctima el señor MILLÁN PINZÓN por parte de la señora Ángela María Narváez, en relación con los documentos denominados Whatsapp -que señala como mal valorados-, al parecer cruzados entre él, aquella y el señor Ronald Enrique Gómez Rubi (fls 136-292), dichas transcripciones ninguna certeza brindan de su contenido por la potísima razón que de ellas no se logra colegir que el número telefónico correspondiera al utilizado por la señora Ángela y, por ende no dan fe de su autoría³, siendo que de todas maneras no fueron presentadas en su estado original, esto es, sin edición, modificación, ni manipulación, al punto que ni siquiera corresponden a los pantallazos⁴, pues un simple vistazo de su contenido

³ “CGP. Artículo 244. Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento. ...”

⁴ La impresión del pantallazo debe reproducir de forma íntegra el mensaje de WhatsApp, pero una vez impresa se somete a las mismas reglas de valoración de los documentos.

“Sobre el tema de la autenticidad, los escritos especializados realzan que no puede desconocerse la posibilidad de que, mediante un software de edición, un archivo digital impreso que contenga texto pueda ser objeto de alteraciones o supresiones, de ahí el valor suasorio atenuado que el juzgador debe reconocerle a estos elementos, de tal manera que tomándolos como indicios los analice de forma conjunta con los demás medios de prueba. 22. A manera de colofón, los avances tecnológicos que a nivel global se han dado en distintos campos (ciencia, medicina, aplicativos digitales), también han influido en el entendimiento y el ejercicio del derecho. Al efecto, en el ámbito probatorio, por ejemplo, los operadores judiciales diariamente deben analizar elementos extraídos de aplicaciones de mensajería instantánea, ya sea que se cuente con metadatos que permitan realizar un mayor rastreo de la información o solo **capturas de pantallas** respecto de ciertas afirmaciones o negaciones realizadas por una de las partes en el litigio. **Sobre estas últimas, la doctrina especializada les ha concedido el valor de prueba indiciaria** ante la debilidad de dichos elementos frente a la posibilidad de realizar alteraciones en el contenido, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba”. (C.Const. sentencia T-043 del 10 de febrero de 2020. M.P Dr. Magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas)

da cuenta que, a propósito, fueron omitidas varias conversaciones, imposibilitando bajo esa circunstancia valorarlos objetivamente al no ser fiel reflejo de todas y cada una de las condiciones en las que se verificaron las interpelaciones, sin perjuicio de lo anterior, no sobra agregar que en algunas líneas se lee también que sus intervinientes optaron en ocasiones por indicar que preferían continuar su comunicación a través de otros WhatsApp, lo que de suyo también que quienes participaron de las mismas mantuvieron conversaciones de índole netamente personal, de ahí que le asista razón al apelante frente a la indebida valoración de tales documentos, pero no porque se hayan acogido algunos fragmentos y otros no, sino porque ni siquiera debió ser estudiado como elemento probatorio ante su falta de autenticidad, situación que de plano descarta que el actor hubiera probado el acoso laboral endilgado a la Directora Ángela.

Por lo razonado, al no encontrarse debidamente acreditadas las causales invocadas en la carta de terminación del contrato de trabajo, deberá confirmarse la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo del demandante atendiendo el resultado desfavorable de su recurso. Las de primera instancia se confirman

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de abril de 2018, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por LUIS ANDRES MILLAN PINZÓN en contra de la FUNDACIÓN ICTUS operador del canal TELEAMIGA INTERNACIONAL, conforme las razones expuestas en la motiva de esta providencia.

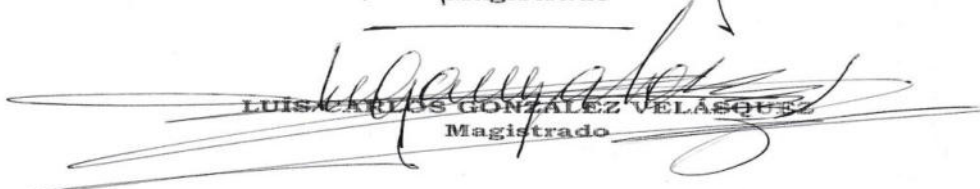
SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia al demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$877.804. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105018201600559-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes así como el grado jurisdiccional de consulta en lo desfavorable a COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 6 de junio de 2019 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARTHA PATRICIA GONZALEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de COLPENSIONES a la Dra. Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz con C.C No. 31.486.436 de Yumbo y T.P No. 303924 del CSJ, en los términos y para los efectos del poder visto a folio 349.

ANTECEDENTES

MARTHA PATRICIA GONZÁLEZ promueve demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que previa declaratoria que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Mauricio Antonio Cifuentes González, su compañero permanente, desde el 22 de noviembre de 2015, se condene a esa a entidad a pagarle el equivalente al 100% del derecho, junto con los reajustes, incrementos legales, mesadas adicionales, la indexación y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones precisó que, el 25 de noviembre falleció su compañero permanente, señor Mauricio Antonio Cifuentes González, con quien convivió desde el 7 de diciembre de 1987, quien al momento de su deceso

era pensionado según resolución No. 186 de 1973 y la tenía afiliada como beneficiaria en el ISS desde diciembre de 2002, que en algunas ocasiones, antes del 17 de febrero de 2012, sus hijos lo llevaban a su casa por espacio de 8 días para pasar con sus familiares pues no podía moverse por sus propios medios debido a la trombosis que paralizó el lado derecho de su cuerpo y la caída que le causó fractura en la cadera, sin embargo, en la anotada fecha, la señora María Helena Cifuentes de Ramírez, con engaños, lo sacó de su casa y nunca más se lo dejaron ver, por lo que el 6 de marzo de 2012 la Comisaria 18 de Familia en visita realizada al nuevo domicilio, le practicó entrevista y allí éste informó que donde vivía no podía decir que estaba mal pero que ahí se sentía bien; además tuvo que presentar, tanto ella como sus dos hijos, querrelas ante la Fiscalía por agresiones de la señora Cifuentes de Ramírez y su hijo William Cifuentes así como por negarse a dejar que lo visitaran, siendo ella quien era la encargada de cobrar la mesada pensional de su compañero desde que éste sufrió el derrame cerebral, cuidándolo desde entonces, pero ante la insuficiencia de recursos económicos debió trabajar en la empresa PATEL, contratado para el cuidado de aquél a la señora María Oliva Peñuela y luego a la señora Edelmira Santana, además, durante su relación no hubo rompimiento alguno, siendo el señor Cifuentes González quien suplía sus necesidades mínimas, no obstante, le fue negada la pensión por parte de COLPENSIONES. (fls 2-12).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demanda, COLPENSIONES dio contestación en escrito de folios 102-106, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, aceptó los hechos relacionados con la condición de pensionado del causante y la solicitud de reconocimiento pensional por ella elevada, manifestando no constarle los demás, y propuso las excepciones de inexistencia del derecho pretendido, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica.

INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO CON LA SEÑORA YENY SOFIA CIFUENTES RODRIGUEZ - DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y CONTESTACIÓN A LA DEMANDA PRINCIPAL

Con auto del 9 de mayo de 2018 el Juzgado de Conocimiento resolvió integrar el contradictorio con la señora YENY SOFIA CIFUENTES RODRIGUEZ, en su condición de hija invalida del causante (fl 134-158), quien con escrito de folios 144-148, presentó demanda en procura de que sea a ella a quien se le sustituya en un 100% la pensión que en vida disfrutaba su señor padre Mauricio Antonio Cifuentes González desde el 22 de noviembre de 2015, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, los intereses moratorios, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso. Lo anterior con fundamento en que para el año de 1968 el causante sostenía una relación sentimental con la señora Blanca Sofia Rodríguez con quien procreó, entre otros hijos, a ella, quien no pudo laborar debido a sus problemas de salud a causa de un accidente cardio vascular,

trombosis, lupus y artritis reumatoidea por lo que su señor padre le colaboraba económicamente con una suma mensual promedio de \$200.000 con ajustes anuales, que le eran entregados a través de su hermano Mauricio Antonio Cifuentes Rodríguez, quien desde marzo de 2012 fue la persona autorizada por el asegurado para el cobro de la pensión, se encuentra calificada con una pérdida de capacidad laboral del 77.12% con fecha de estructuración de la invalidez del 30 de noviembre de 2013, razón por la que elevó la petición de pensión de sobrevivientes ante COLPENSIONES siéndole negada, residiendo actualmente en el hogar geriátrico mis dulces abuelitos debido a su desmejorado estado de salud.

De igual manera, con escrito de folios 189 a 195 dio contestación a la demanda principal oponiéndose a las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos y propuso las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido y la genérica.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Con escrito de folios 221 a 226 la señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ, como demandante principal, al dar contestación a la demanda de reconvencción, aceptó los hechos relacionados con la condición del pensionado y el fallecimiento del señor Mauricio Cifuentes, negando los demás o manifestando no constarle, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de falta de cumplimiento de los requisitos legales, falta de dependencia económica, inexistencia de la declaración de interdicción emitida por un Juez de la Republica e inexistencia de reconocimiento de invalidez en el 77.12% de la señora YENY SOFIA CIFUENTES.

Entre tanto, COLPENSIONES, con escrito de folios 227 a 235 se opuso a todas las pretensiones, aceptó la condición de pensionado y la fecha del fallecimiento del causante así como la reclamación y la respuesta brindada a la hija frente a su pedimento pensional, manifestando no constarle los demás. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral en sentencia del 23 de abril de 2019, resolvió:

“PRIMERO.- CONDENAR a la entidad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a partir del 22 de Noviembre de 2015, a favor de la señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ en calidad de compañera permanente, en un porcentaje igual al 50% de la mesada pensional del señor MAURICIO ANTONIO CIFUENTES GONZALEZ, mientras que el 50% restante, le corresponde a la señora YENY SOFIA CIFUENTES RODRIGUEZ en calidad de hija discapacitada, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago, de conformidad a las precisiones precedentemente expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR no probada la excepción de PRESCRIPCION propuesta por la entidad demandada, relevándose del estudio de las restantes dado el resultado de la Litis.

TERCERO.- ABSOLVER a la pasiva ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO.- SIN COSTAS en esta instancia a ninguna de las demandadas.”

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación tanto las partes como la litis consorte necesario presentaron recursos de apelación así.

La parte demandante, señora MARTHA PATRICIA GONZÁLEZ, por cuanto fue compañera permanente del pensionado Mauricio Cifuentes, vínculo solemnizado a través de la escritura pública No. 035 del 16 de enero de 2009 de la Notaria 74 del Circulo de Bogotá desde el 7 de diciembre de 1987 hasta el 22 de noviembre de 2015, día del fallecimiento de éste, por ello no es de recibo el otorgamiento del 50% a la hija invalida del causante en los términos del artículo 13 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 74 de la ley 100 de 1993, por cuanto la señora CIFUENTES RODRIGUEZ no presentó al Despacho requisito idóneo para ser declara interdicta por invalidez, esto es, la sentencia definitiva, sino tan sólo la iniciación de un proceso de familia para serlo, así mismo los testimonios dieron cuenta del pago de \$200.000 pero eso era por el cuidado que le brindó a su padre y no por dependencia, tampoco allegó prueba de su calificación de invalidez del 77.12% y por tanto no se podía deducir su invalidez.

La señora YENY CIFUENTES, porque si bien es cierto se allegó la constitución de la unión marital de hecho por la demandante principal, no se acreditó el requisito de la convivencia prevista en la ley, así lo aceptó la actora al absolver interrogatorio de parte donde indicó que convivió hasta el 17 de marzo de 2012 y también laboraba para la fecha del fallecimiento del causante lo que deja en evidencia que no dependía de él; y la separación producida en 2012 entre la señora MARTHA y el causante obedeció a la falta de cuidado para con el señor atendiendo su avanzado estado de salud y su edad. De otra parte, logró demostrar en el proceso que ella sí cumple con los requisitos para sustituir a su padre en la pensión por su estado de salud y por su dependencia económica.

Finalmente, COLPENSIONES para que se revoque el numeral primero de la sentencia porque la señora MARTHA GONZALEZ no logró acreditar el requisito de convivencia dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento del pensionado; y respecto a la condena para el reconocimiento a la hija, con Resolución SUB 130475 del 27 de mayo de 2019 ya le fue otorgada la pensión en un 100% por lo que tales sumas deben ser consideradas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La señora MARTHA PATRICIA GONZÁLEZ se abstuvo de presentar alegaciones, no así la señora YENY SOFIA CIFUENTES RODRIGUEZ quien insistió en que el reconocimiento de la pensión se debe realizar en su favor en un 100%

considerando que la demandante no acreditó el requisito de la convivencia mínima requerida en la ley al momento del fallecimiento del señor Mauricio Antonio Cifuentes González, tampoco obra prueba siquiera sumaria de haber llevado a cabo proceso de unión marital de hecho y tampoco se opuso a que su compañero fuera retirado de la casa donde vivían. Y COLPENSIONES que no le asiste derecho al reconocimiento pensional para quien invoca su condición de compañera permanente ante la ausencia del requisito de convivencia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver tanto el recurso de apelación como el grado jurisdiccional de consulta previas las siguientes,

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

DE LA SUSTITUCION PENSIONAL

No fue materia de discusión por ninguna de las partes que el señor MAURICIO ANTONIO CIFUENTES GONZALEZ, fue pensionado por el extinto ISS mediante resolución 186 de 1973, quien le otorgo pensión de invalidez de que trata el Decreto 3041 de 1966, así mismo que falleció el 22 de noviembre de 2015; lo que de suyo implica que el derecho de la pensión de sobrevivientes debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003 que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993; por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante. Requisitos que estimó el A quo cumple la señora demandante MARTHA PATRICIA GONZALEZ al acreditar el tiempo de convivencia requerido para el efecto, y si bien es cierto hubo una separación desde el 17 de marzo de 2012, ella fue producto de una fuerza mayor ajena a su voluntad, por lo que ordenó el reconocimiento pensional pero en un 50%, ya que también encontró demostrado que la hija de éste, de nombre YENY SOFIA CIFUENTES CIFUENTES RODRIGUEZ, al presentar una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y depender económicamente de él, tenía derecho al otro 50%, circunstancias que igualmente se corroboraron con la prueba testimonial.

Así tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En el caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*
- b) (...) *Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que*

tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.” (negrillas fuera de texto y corresponde a la parte de la norma analizada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1035 de 2008 declarándolo exequible condicionalmente en el entendido que además del esposo o la esposa, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido).

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre los lazos afectivos de apoyo y compromiso de vida real con vocación de permanencia en casos como el aquí visto, durante lapso superior a 5 años en cualquier tiempo si es con la cónyuge y existe separación de hecho.

Ahora bien, tratándose de compañeros permanentes, en sentencia SL1399-2018, Radicación n.º 45779 del 25 de abril de 2018, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, explicó en cuanto al requisito de convivencia lo siguiente:

“Convivencia singular con el(la) compañero(a) permanente

En tratándose del compañero permanente, la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años *inmediatamente* anteriores al deceso del causante. En la sentencia CSJ SL680-2013, reiterada en SL1067-2014, la Corte recabó este criterio, así:

Pese a lo argüido, la exégesis que el juez de alzada hizo de la disposición legal no resulta distorsionada en cuanto consideró necesario y vital que se cumpliera el lapso de convivencia que allí se exige, esto es, 5 años previos al deceso, al tratarse de compañera permanente.

El aludido texto es claro respecto de tal requisito, y aun cuando, como lo ha considerado esta Sala al fijar la inteligencia de su literal b), privilegió el vínculo matrimonial, lo cierto es que en ningún evento dispensó el término de 5 años de coexistencia, solo que en el caso de la compañera permanente, por tratarse de una situación de hecho, derivada de la decisión libre y espontánea, se asentó sobre la necesidad de que fuera cumplido previo al fallecimiento [...]».

De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado o afiliado, puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la

comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008).” (resaltado propio de la Sala fuera del texto original).

Bajo tal entendido, como quiera que el principal reparo de COLPENSIONES y de la señora YENY SOFIA CIFUENTES RODRIGUEZ a la sentencia de primera instancia consiste en la ausencia del requisito de convivencia por parte de la señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ con el señor MAURICIO CIFUENTES, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al deceso de éste, forzoso resulta determinar si tal presupuesto presenta excepciones y, en caso afirmativo, si se encontraron acreditadas dentro de esta actuación.

De tal suerte, analizado el material probatorio en todo su conjunto, no cabe duda para la Sala que la señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ no acreditó en debida forma este requisito de convivencia, pues tal y como lo indicó en los hechos de su demanda y lo confesó al absolver interrogatorio de parte, desde el 17 de febrero de 2012 cesó su convivencia efectiva con el causante, señor MAURICIO ANTONIO CIFUENTES GONZALEZ cuyo fallecimiento se produjo luego de ello, pasados más de tres años y ocho meses (22 de noviembre de 2015).

En este punto debe indicarse que si bien es cierto adujo la compañera como motivo de la separación con el pensionado, los engaños a que él fue sometido por parte de su hija MARÍA HELENA CIFUENTES DE RAMÍREZ, pues creyendo que se trataba de una visita nunca más lo dejó volver al hogar ni ver a la señora MARTHA GONZALEZ y los hijos de ésta, Anderson y Adelaida, también lo es que revisada tanto la documental que obra en el informativo como la prueba declarativa, la misma no brindó certeza sobre esa situación, sino que lo que de ella se desprende es que fue voluntad del causante cesar la convivencia con la demandante principal, es así como lo que se advierte de la escritura pública No. 035 del 16 de enero de 2009 (fls 16-25), es una declaración de existencia de sociedad patrimonial derivada de la Unión Marital entre compañeros permanentes y liquidación de la sociedad patrimonial de esa unión, que según lo informado por la propia pareja comenzó desde el 7 de diciembre de 1987 y estaba vigente para el momento de la suscripción del mismo, no dando fe dicho documento que para noviembre de 2015 aún convivieran, desconociendo igualmente la Sala la fecha en la que se tomaron las fotografías que militan de folios 26 a 30 así como las personas que en ellas se encuentran, y, en relación con el informe de visita domiciliaria y caracterización de la familia realizado por la Comisaria 18 de Familia el 6 de marzo de 2012 por solicitud elevada el 27 de febrero de 2012, lo que se observa del mismo es que fue el señor Mauricio Antonio Cifuentes quien decidió irse del lugar en el que convivía con la señora

Martha porque su hija María Helena le dijo que lo cuidaría y estaría pendiente de él, siendo mentira que su hija lo hubiera llevado contra su voluntad, además que allí se sentía bien porque ella lo cuidaba bien, le daba la droga, lo llevaba al médico, le cocinaba, le daba la comida y le hacía masajes, y al indagársele si quería seguir viviendo con ella o volver a donde vivía, contestó que se quería quedar ahí porque le gustaba y se sentía bien, aunque en el otro lado no estuviera mal, dejando expresa constancia la entrevistadora que *“durante la visita el señor se mostró de un buen estado de ánimo, cantó, contó situaciones de su juventud y se mostró atento con las visitantes; fue observado limpio, adecuadamente cuidado, organizado y atendido no solamente por la señora María Helena, sino por otras de sus hijas quien llegó durante la diligencia. Así mismo recibió llamadas de varios de sus hijos, demostrando así que todos estaban atentos de él”*.

Entonces, al haber sido elección del pensionado dejar la convivencia con la señora MARTHA, aunque la hija de éste admitió que negó la entrada a su casa de dicha señora, tal circunstancia no tiene la entidad suficiente para enervar lo manifestado por el propio causante sobre la decisión que adoptó libre y voluntariamente, consecuencia que también se predica de las querellas que ante la Fiscalía General de la Nación se presentaron entre estos dos núcleos familiares con anterioridad y posterioridad a la referida visita (fls 35-46) y ante la Defensoría del Pueblo (fl 49).

De otra parte, en cuanto a la prueba declarativa, del interrogatorio de parte rendido por la señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ, lo único que se tiene por confesado es que convivió con el causante hasta el año 2012, y respecto a los testigos, pese a que fueron contestes al señalar que la señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ convivió con el señor MAURICIO ANTONIO CIFUENTES GONZALEZ como pareja, ninguno de ellos aceptó que dicha convivencia se mantuviera hasta el momento del deceso del pensionado, ya que desde 2012 había cesado, es así como informaron:

ANDERSON VALLEJO GONZALEZ, como hijo de la señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ, informó que convivió con el señor MAURICIO ANTONIO desde que tiene memoria (tenía 3 años) y hasta el 17 de febrero de 2012, porque se lo llevó la hija de él HELENA, porque se le pidió colaboración para que lo cuidara como tres días, pero no lo devolvió ni lo dejó volver a ver, no tenía buena visión, antes de 2012 la señora YENY SOFIA no estaba discapacitada al punto que ella lo cuidó por algún tiempo y por eso se le pagaba \$200.000 de la misma pensión y los otros \$200.000 los pagaba el otro hijo Mauricio, y la pareja nunca se había separado hasta esa fecha.

MARÍA HELENA CIFUENTES DE RAMIREZ, hija del señor MAURICIO CIFUENTES refirió que la señora MARTHA fue compañera permanente de su señor padre como durante 18 años hasta marzo de 2012 cuando se terminó la convivencia porque tomaron la determinación -sus hijos- de llevarlo para su cuidado, porque estaba postrado en cama, con deficiente alimentación a quien

visitaba cada 15 días, él era consciente y la señora MARTHA no presentó ninguna oposición para que se lo llevara, tan es así que ya les había dado quejas que no la dejaba dormir porque se levantaba varias veces en la noche al baño y como ella laboraba necesitaba descansar; y en relación con su hermana YENY SOFIA, su señor padre le colaboraba económicamente con \$200.000, sin recibir colaboración de un tercero, dinero que le aportaba como desde 10 años atrás a su muerte, sin que la hija le colabore porque es habitante de calle y el hijo de nombre Michael se lo llevó el padre de éste, siendo que por los cuidados que su hermana y otra señora de la que no recuerda el nombre le brindaron a su padre se les remuneró.

CLAUDIA PATRICIA CIFUENTES RODRÍGUEZ, en su condición de cuidadora de JENNY SOFIA CIFUENTES RODRÍGUEZ, hijas ambas del causante, comentó que conoce a MARTHA PATRICIA GONZALEZ desde hace aproximadamente 20 o 30 años, ya que era la esposa de su padre, el señor MAURICIO ANTONIO CIFUENTES GONZALEZ desde el año 1989 hasta el 2012, fecha en la cual MARÍA HELENA CIFUENTES lo sacó de la casa por solicitud de él mismo, ya que se sospechaba de malos cuidados por parte de la señora MARTHA PATRICIA, su padre tenía trombosis y rota la cadera por un accidente que sufrió en la casa donde vivía con la señora MARTHA PATRICIA, suceso del que tenía claridad aunque se sospechaba que fue por algo que él vio, además, por 1 o 2 años su hermananda JENNY SOFIA cuidó de su padre por lo que se le pagaba más o menos \$300.000, pero después ella se enfermó ya que le dio una trombosis, tiene lupus, hipertensión y artritis reumatoidea y por ese motivo se le pagó a otra persona para cuidarlo; JENNY SOFIA tiene dos hijos una hija de 22 años que se encuentra en situación de calle y un niño de 7 años que se encuentra con el papá, siendo por motivo de la situación de la señora JENNY SOFIA que su padre se fue con MARÍA HELENA pero le continuó dando \$200.000 para solventar algunos gastos, dependiendo económicamente de él ya que no recibía ninguna pensión o ayuda del Estado.

MARÍA OLIVA PEÑUELA por su parte, dijo conocer a MARTHA PATRICIA GONZALEZ desde que los hijos de ella eran pequeños y tiempo después la contactó para cuidar al señor MAURICIO ANTONIO CIFUENTES GONZALES, trabajo que realizó en el horario de 7:00 am hasta las 4:30 pm o hasta que la señora MARTHA PATRICIA llegara de trabajar entre los años 2008 y 2010, retirándose por un desacuerdo con el valor que se le pagaba, se encargaba de pasear, alimentar y demás funciones de cuidado del señor MAURICIO ANTONIO quien había sufrido una trombosis y estaba semi parapléjico de medio lado por lo que podía caminar con ayuda, recibiendo por esa función \$200.000 de la señora MARTHA PATRICIA, desconoce los motivos de la separación, enterándose de la misma por lo que aquella le comentó, no le consta que alguno de ellos tuviera otra relación, percibiendo que la relación entre ellos era muy bonita porque lo mimaba, lo amaba y se preocupaba por él, siendo que los hijos de la señora MARTHA PATRICIA le decían padre y se llevaban muy bien, no sabe si el causante le colaboraba económicamente a su hija JENNY SOFIA, ya que solamente lo acompañaba a retirar la pensión y con ella solventaba los

gastos de arriendo, los servicios y la alimentación mientras que el sueldo de la señora MARTHA PATRICIA lo utilizaba para los hijos que ella tenía estudiando.

ADELAIDA VALLEJO GONZÁLEZ, hija de la señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ, relató que por tal condición sabe de la relación que la misma mantuvo con el señor MAURICIO ANTONIO CIFUENTES GONZALES desde 1985 hasta el 2010 que fue cuando los separó la hija de aquél solicitándole permiso para llevárselo unos días o una semana pero después no lo dejaron volver con su señora madre por lo que recurrieron ante varias entidades (comisaria de familia) para que a él se le permitiera ejercer su derecho de elegir donde vivir sus últimos días, pero como los que se lo llevaron eran legalmente los hijos entonces no se podía hacer nada, insistiendo que se lo llevaron con engaños, por que en ningún momento se llegó a un acuerdo para que él se fuera a vivir con una de las hijas, que pasado un tiempo se encontró con él en una EPS quien manifestó llorando que no entendía por qué no podía verla a ella y a MARTHA PATRICIA, y ese encuentro fue porque una nieta de él lo permitió, aclarando que nunca tuvo precarias condiciones ya que siempre había quien lo cuidara, tenía 10 hijos los cuales lo visitaban por mucho un día al año, ya sea el día del padre o en navidad, pero el único constante fue el señor MAURICIO CIFUENTES R, afirmando que su padrastro no le colaboro económicamente a JENNY SOFIA porque la pensión que devengaba se iba en sus cuidados y en los gastos de la casa que compartía con la señora MARTHA PATRICIA a quien se le terminó el vínculo laboral en el 2014, y que por los cuidados que le brindó su hija JENNY SOFIA de 6 meses a 1 año se le pagó el mínimo.

MAURICIO ANTONIO CIFUENTES RODRÍGUEZ, hijo del causante, manifestó que conoció a la señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ ya que ella convivió con su padre, MAURICIO ANTONIO CIFUENTES GONZALEZ, en calidad de pareja sentimental desde 1987 o 1988 hasta el año 2010 o 2012, no tuvieron hijos en común, la convivencia entre ellos terminó al observarse que el señor MAURICIO permanecía en un estado de salud lamentable, tenía unas condiciones de desnutrición altas (evaluación de la comisaria de familia) y tenía algunos golpes y fracturas (caídas), también tenía trombosis (razón del fallecimiento), entonces se consideró oportuno retirarlo de su lado, considerando también que ella en ese momento estaba laborando y tenían diferente edades, en algunas ocasiones MARTHA contrató a algunas personas para el cuidado de su señor padre quien era el que le daba un aporte económico (tiene los soportes – consignaciones) para el pago de esa persona, las ocasiones en que lo visitó vio que sus condiciones de alimentación y estadía eran realmente deplorables, en desaseo total ya que él no podía ir al baño solo y por ese motivo tenía infecciones entonces, por esas razones se decidió que debía salir de la casa que compartía con la señora MARTHA PATRICIA a la casa de la señora MARÍA HELENA CIFUENTES (hermana) desde el 2012 hasta la fecha de fallecimiento del señor MAURICIO ANTONIO el día 22 de noviembre de 2015, su padre se mostró reacio al principio, pero finalmente tomó la decisión de quedarse con la hija por la diferencia de las condiciones, y tiempo después se presentaron problemas con la señora MARTHA PATRICIA y unos vecinos, de ahí que luego se le

autorizó a él para reclamar la mesada pensional ya que antes lo hacía la demandante a quien su padre, mediante el envío de una carta a COLPENSIONES también retiró de la categoría de beneficiaria de la pensión, indicando además que sí se le hacía un aporte de \$200.000 variables a JENNY SOFIA por la condición de salud en la que se encontraba.

GUILLELMO BAUTISTA QUINTERO RIVERA, está casado con una de las nietas del causante, y por ello señaló que conoce a la señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ porque era la pareja del abuelo, en el 2010 cuando iba con su esposa a visitarlo nunca veía en la casa a la señora MARTHA PATRICIA ya que trabajaba en una empresa de telas o algo así en la 19, aunque vivían juntos nunca los vio como pareja y no tiene claridad en las fechas en las que dejaron de convivir; conoce también a la señora JENNY SOFIA ya que es la tía de la esposa y por eso sabe que sufre de varias condiciones médicas entre ellas, problemas en el cerebro y está en silla de ruedas, también ha tenido derrames cerebrales, pérdidas de movilidad y demás cosas desde hace más o menos 10 años; tenía entendido que el señor MAURICIO ANTONIO, con las mesadas pensionales le colaboraba económicamente a la señora JENNY SOFIA por sus condiciones médicas, pero concretamente no sabe el monto.

JOSÉ MANUEL RAMÍREZ, conoce a la señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ desde el 2006 ya que ella es la madre de su esposa ADELAIDA VALLEJO GONZALEZ y por eso sabe que convivía con el señor MAURICIO ANTONIO, se querían mucho, siempre estaba pendiente de él, a quien sus hijos se llevaron en el 2012 para la casa de una hija, que la casa en la que vivían era resultado de la unión de los dos en la que él ayudaba con los gastos de la casa y suyos, desconociendo quien reclamaba la pensión, sin conocerle otra pareja a su suegra y que el hijo que lo visitaba era el señor MAURICIO CIFUENTES.

Así las cosas, bien puede concluirse de la valoración probatoria efectuada frente al requisito de la convivencia de la señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ con el señor MAURICIO ANTONIO CIFUENTES GONZALEZ, que contrario a lo concluido por el A quo, no se encontró reunido, por manera que al tratarse de una separación que no presentó justificación al haber sido por voluntad del propio pensionado, claro es que deberá negarse el derecho pensional, sin que interese para tales propósitos la convivencia superior a cinco (5) años en cualquier tiempo que se pudo haber presentado entre ellos.

En este orden de ideas, lo procedente sería entrar a establecer si le asiste o no el derecho a la señora YENY SOFIA CIFUENTES RODRIGUEZ, como hija invalida del causante, a la sustitución pensional, sin embargo, evidenciando la Sala que COLPENSIONES ya le reconoció la pensión en un 100% de la que disfrutaba éste, conforme se lee en la resolución SUB 130475 del 27 de mayo de 2019 (fls 335-338), notificada el 13 de junio de 2019 (fl 339), ingresándola en nómina de pensionados desde junio de 2019, a no dudarlo se considera relevado de pronunciarse, máxime cuando de acuerdo al contenido de dicha resolución esa Administradora otorgó el derecho porque cuenta en sus archivos

con los documentos requeridos que certifican, además de su estado de invalidez, el auto de interdicción judicial transitoria que echa de menos la parte actora y, en general todos los que le permiten sustituir la pensión desde el mismo momento del fallecimiento de su señor padre ocurrido el 22 de noviembre de 2015, sin que haya lugar a la imposición de intereses de mora de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, habida cuenta que el no pago de la pensión con anterioridad, obedeció a la controversia existente entre ella y la señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ, lo que de plano exime de responsabilidad a la entidad pagadora.

Sin más consideraciones, se revoca parcialmente el ordinal primero de la sentencia apelada en cuanto dispuso el pago compartido de la pensión de sobrevivientes entre la demandante, señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ como compañera permanente, y la señora YENY SOFIA CIFUENTES RODRIGUEZ como hija invalida del señor MAURICIO ANTONIO CIFUENTES GONZALEZ en un 50% para cada una de ellas de la pensión que en vida éste venía recibiendo, para en su lugar absolver a COLPENSIONES del pago frente a la primera y concederlo en un 100% en favor de la segunda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, confirmándolo en todo lo demás. Sin condena en costas, dadas las resultas del proceso.

DE LAS COSTAS

Atendiendo el resultado de los recursos correrán a cargo de la parte demandante, señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE


PRIMERO: REVOCAR parcialmente el ordinal primero de la sentencia proferida el 6 de junio de 2019 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto dispuso el pago compartido de la pensión de sobrevivientes entre la demandante, señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ como compañera permanente, y la señora YENY SOFIA CIFUENTES RODRIGUEZ como hija invalida del señor MAURICIO ANTONIO CIFUENTES GONZALEZ, en un 50% para cada una de ellas de la pensión que en vida éste venía recibiendo, para en su lugar absolver a COLPENSIONES del pago frente a la primera y concederlo en un 100% en favor de la segunda, conforme a los razonamientos expresados por la Sala.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, señora MARTHA PATRICIA GONZALEZ, atendiendo el resultado de su recurso. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$300.000. Se confirma la decisión de primera instancia.


TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105013201600714-02

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre de 2020, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller esquivel Gaitán y Luis Carlos Gonzalez Velásquez

TEMA: Existencia de Contrato de Trabajo y Aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo.

Entonces, procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 11 de junio de 2018 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARLY SOLEY BOCANEGRA OSORIO** en contra de **CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A EN CALIDAD DE LIQUIDADOR DE LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES HOY PATRIMONIO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM EICDE EN LIQUIDACION PATRIMONIO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES.**

ANTECEDENTES

MARLY SOLEY BOCANEGRA OSORIO promovió demanda ordinaria laboral contra CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A EN CALIDAD DE LIQUIDADOR DE LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES HOY PATRIMONIO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM EICDE EN LIQUIDACION el PATRIMONIO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo entre ella y CAPRECOM vigente del 2 de febrero de 2007 al 30 de abril de 2016, durante el que la entidad incumplió con los acuerdos convencionales de no liquidación y por ello dejó de percibir tales beneficios extralegales desde el año 2003 hasta el año 2016; se condene a la demandada al pago de: la diferencia proveniente del reajuste de sueldos

y prestaciones sociales legales y convencionales desde el 2 de febrero de 2007 -fecha en que fueron suspendidos los derechos laborales- hasta el año 2015 -fecha de liquidación de CAPRECOM EICE- y el 30 de abril de 2016 -fecha en que se desvinculó-; las primas de junio, de navidad (arts. 49 y 50 de la CCT); las bonificaciones de recreación y por servicios prestados (arts 64 y 5 de la CCT); el quinquenio (art 67 de la CCT); el descanso especial o adicional (art 26 de la CCT), recreación por vacaciones (art 64 de la CCT); aportes educativos para el trabajador (art 39 literal b de la CCT) y dotaciones (art 41 de la CCT), todos esos pagos debidamente indexados, y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones expuso 57 hechos, en los que en síntesis indicó que, estuvo vinculada mediante contrato de trabajo como trabajadora oficial desde el 2 de febrero de 2007 hasta el 30 de abril de 2016 con CAPRECOM en la Regional Tolima, desempeñó el cargo de profesional universitario I, con un salario de \$2.338.300, el 12 de junio de 2003 SINTRACAPRECOM y CAPRECOM suscribieron acuerdo extra convencional en el que la organización sindical aceptó suspender parcial y temporalmente por un término de 10 años, artículos de la CCT con el fin de que la entidad lograra su equilibrio financiero y evitar su liquidación, sin embargo, el Gobierno nacional en lugar de salvar la empresa dispuso su supresión y liquidación mediante Decreto 2519 de 2015 y que la finalización de su contrato de trabajo se hizo de manera libre y voluntaria acogiéndose al plan único de retiro consensuado plasmada en la conciliación del 27 de abril de 2016 que no tiene efectos de cosa juzgada respecto de los derechos laborales aquí reclamados precisamente por el incumplimiento de la condición estipulada para la suspensión de tales derechos convencionales. (fls 2-62 y 232 -235)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada, con escrito de folios 260-283 dio contestación a la demanda en don se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el vínculo laboral, la creación y supresión de CAPRECOM, la suscripción del acuerdo entre el sindicato y la entidad y la terminación por mutuo acuerdo. Propuso las excepciones de: Falta de legitimación en la causa por pasiva del PAR CAPRECOM liquidado, Inexistencia de la obligación a) de los incrementos salariales, b) de los derechos convencionales suspendidos, de la reclamación de reajustes de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y otros conceptos laborales, d) dotación legal, e) de la prescripción; y Terminación de la relación laboral por mutuo acuerdo

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de julio de 2018, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a la demandada de todas las

peticiones incoadas en su contra y condenó a la demandante en costas en la suma de \$800.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Así se expresó:

“... Solicito al H. Tribunal revocar la sentencia proferida en este Despacho, en el sentido de que si bien es cierto un requisito formal es la exigencia y la correspondiente depósito de los acuerdos convencionales y extra convencionales, también es labor de un juez evaluar y verificar estos requisitos y si esto genera duda sobre la existencia de un documento, también el juez tendría la libertad para solicitar estas pruebas, así esto llevaría a un fallo de fondo sobre un asunto determinado, por lo tanto, en el transcurso del proceso se debió haber solicitado, o siquiera al inicio del mismo haber inadmitido o rechazado la demanda, independientemente de que el Tribunal también hubiese considerado algo contra lo que consideró el H. Juez en su momento. En ese sentido, independientemente de eso se debió considerar de que si hacía falta este requisito para un fallo de fondo podía haber sido solicitado por el Juez o bien instar a las partes para allegarlo -esta prueba-. En este sentido también solicito al H. Tribunal que no se condene en costas a la parte demandante y, también solicitó revocar el fallo en su integralidad e inclusive, si así lo determina, revocarlo desde etapas anteriores del proceso, si bien es cierto desde la misma fijación del litigio, ya que como se expuso y como se puede ver en el presente audio, inclusive cuando interpuse el recurso de apelación expresamente este no me fue negado o aceptado o hubo una confusión, por lo tanto solicito que sea revocado también desde este punto las actuaciones en el presente proceso. De esta forma dejo expuesto la sustentación de mi recurso muchas gracias”. (SIC)

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, la parte demandante insistió en la procedencia de sus pretensiones, para lo cual debió acudir a las normas internacionales como el Convenio 98 y la jurisprudencia nacional que ha reiterado la obligatoriedad de los acuerdos extralegales (sentencias SL-548 de 2019, SL-2105 de 2015, 39744 de 2012 y 32347 de 2018) siendo ineficaces cuando no están encaminados a mejorar las condiciones pactadas.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Pese a que la censura no cuestiona el argumento jurídico ni fáctico de la sentencia de primera instancia que absolvió a la demandada, en el entendido de que comparte la tesis de la obligatoriedad de la prueba del Acuerdo extralegal así como de la constancia de su depósito ante el Ministerio de Protección Social, pruebas que echo de menos el A quo y por

ello su decisión; toda vez que su reproche lo dirige exclusivamente a imputar a dicho funcionario un actuar omisivo frente al recaudo de tales pruebas, solicitando sobre ese razonamiento la revocatoria del fallo y de las costas, o en su defecto, retrotraer todo lo actuado, hasta, inclusive, el auto admisorio de la demanda para subsanar esa falencia, a tales aspectos limitara su estudio la Sala, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LOS DERECHOS CONVENCIONALES Y LA FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ

Pues bien, habida cuenta que no es objeto de discusión en la alzada que la fuente legal de la que pretendió beneficiarse la actora no fue aportada legal y oportunamente por ésta como parte interesada (bien porque no aportó las convenciones que contenían los derechos reclamados ora porque las que allegó de otros periodos no contenían la constancia del depósito ante el Ministerio de la Protección Social), basta indicar que en ningún dislate incurrió el fallador de primera instancia cuando sobre esa base resolvió absolver a la demandada de las pretensiones al encontrarse todas y cada una de ellas supeditadas a la demostración del acuerdo extralegal.

En efecto, según el artículo 467 del C. S. del T., la convención colectiva es el acuerdo bilateral *“que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.”*

Así entonces, como la finalidad de la convención colectiva es la de *“fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo”*, no es dable acudir a norma distinta a la que regula el derecho del que se pretendía beneficiar la señora MARLEN SOLEY BOCANEGRA OSORIO, para resolver su solicitud, siendo necesario que aportara dicho documento dado su carácter de acto solemne, por supuesto, con la respectiva constancia de su depósito¹.

Sobre la imposibilidad de probar un derecho convencional con medio probatorio distinto a la CCT que lo contiene, tuvo la oportunidad de pronunciarse la H. Corte constitucional en la SU-1185 de 2001 con ponencia del Dr. M.P. Rodrigo Escobar Gil, en la que en lo pertinente señaló: *“la convención colectiva como acto jurídico regulador de las relaciones entre el patrono y sus empleados sindicalizados, comparte íntegramente la definición de acto solemne, con características de aseguramiento de los acuerdos a que llegan las partes, la precisión de los derechos adquiridos, la claridad y la conservación de los mismos. Por ello la existencia de un derecho convencional no puede acreditarse por otro medio probatorio diferente a la misma convención, pues su naturaleza y las características propias de los actos solemnes lo impiden.”*

1 CSJ SL1074-2020,Radicación No. 70258, M.P Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero.

En tal sentido, conviene recordar que quien pretenda atribuirse beneficios convencionales debe allegar las convenciones colectivas que consagren el derecho reclamado, al soportar la carga probatoria establecida en el artículo 167 del CGP², consistente en que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla.

Recuérdese que con respecto a la decisión judicial, la función de la prueba es suministrar los elementos de juicio requeridos para establecer si los enunciados fácticos aducidos corresponden a la realidad de los hechos relevantes para el proceso. De tal modo, un enunciado fáctico se considera verdadero si es confirmado por pruebas; se considera falso si las pruebas lo refutan; y se considera no probado si en el proceso no se cuenta con las pruebas suficientes para la demostración de su verdad o falsedad (Taruffo 2006:267-268)³. Sobre la carga de la prueba se ha pronunciado la H Corte Suprema de Justicia al sostener que:

"Sabido es que en materia probatoria es principio universal el de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: onus probandi incumbit actori, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida conforme con la razón y con los más elementales dictados de la justicia. Siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad pueda calificarla.

"Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir la doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: "Onus Probandi Incumbit Actori", al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; "Res In Excipiendo, Fit Actor", el demandado cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa y "Actore non probande, res absolvitur", según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción." (sentencia 25 de enero de 1993 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral).

Equivocó entonces su interpretación de manera evidente la censura al achacar su inactividad probatoria al Juez de conocimiento, ya que no es

² **“ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

³ ESCUELA JUDICIAL, Rodrigo Lara Bonilla. Prueba judicial, 1ª edic, Bogotá, pag 30-31.

dable confundir la facultad oficiosa que tienen los funcionarios judiciales conforme lo establecido en el artículo 54 del CPTSS en materia de pruebas y que está limitada a aquellas que se consideren útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes (artículo 178 del C.P.C.), o a las que tiendan a evitar nulidades o providencias inhibitorias' (artículo 37-4 ibidem), con una obligación o carga procesal propia de las partes, por lo que mal puede accederse a la revocatoria de la sentencia

Así, “la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que en principio, la facultad oficiosa del juez para decretar pruebas, no puede suplir la inactividad de las partes en la obligación procesal que les compete según las reglas distribución de la carga de la prueba, para demostrar los hechos que respaldan sus pretensiones en el caso del demandante, y los medios de defensa cuando se trata del demandado (...).” (CSJ SL3717-2016, Radicación n.º 48339 del 16 de marzo de 2016, M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz).

COSTAS

Por cuanto las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP⁴, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la apelante no encontraron soporte para que se le releve de su pago, dado que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus intereses, por lo que no hay lugar a revocar la condena por este concepto; y como quiera que su recurso de apelación también le fue resuelto de manera desfavorable se impone condenarla en costas de esta instancia.

Resultan suficientes las reflexiones en precedencia para confirmar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de junio de 2018 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARLY SOLEY BOCANEGRA OSORIO en contra de CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A EN CALIDAD DE LIQUIDADOR DE LA CAJA DE


⁴ “**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)”

PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES HOY PATRIMONIO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM EICE LIQUIDADA, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

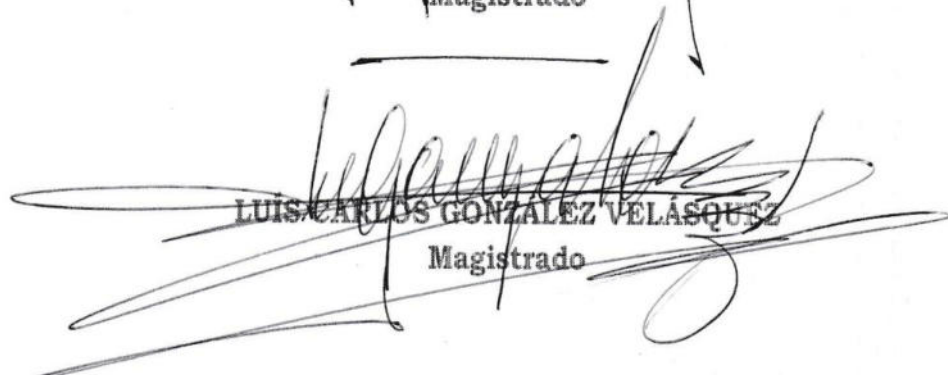
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia cargo de la parte demandante. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$877.803. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado