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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***JUAN JOSE GALVIS MENDIWELSON***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***1100131050-04-2019-00596-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA: ***PENSIÓN ESPECIAL ACTIVIDAD ALTO RIESGO***

Bogotá D.C, treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JUAN JOSE GALVIS MENDIWELSON instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que tiene derecho a la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo a partir de las 1.000 semanas cumplidas y como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de las mesadas pensionales causadas desde junio de 2011, junto con los intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que ha laborado y cotizado como aviador civil con las empresas ACES, ARKAS y AEROREPUBLICA (Copa de Colombia S.A.) desde el 9de abril de 1990 hasta la fecha, con asignaciones salariales que fluctúan desde $673.954 hasta $22`691.766 y fue beneficiario de las convenciones colectivas de las empresas COPA COLOMBIA Y LATAM CARGO; que actualmente cuenta con más de 10.424 días laborados, equivalente a 1.489,13 semanas cotizadas a las Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC y mas 700 semanas en COLPENSIONES; que actualmente se encuentra afiliado a COLPENSIONES, fondo que actualmente administra las cotizaciones realizadas por él, que la naturaliza del servicio ha sido especial, en vista que se ha desempeñado exclusivamente como piloto de aeronaves; que la aviación civil es una labor de alto

riesgo pues no solo implica un riesgo a la vida, sino también una disminución de la vida saludable y a la necesidad de retiro de las funciones laborales; que su trabajo ha alterado sus condiciones de salud y por ende tiene derecho a percibir la pensión de alto riesgo por contar con más de 20 años de servicio 51 años de edad, que la compañía AEROREPUBLICA a la que ha pertenecido, ha pactado un protección convencional consistente en restricciones de vuelo, programación de pilotos, restricción de 4 horas de trabajo cuando hay pruebas de avión, entre otros; que el 1 de febrero de 2018 radico ante la demandada solicitud de reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo; que en resolución SUB 105989 del 20 de abril de 2018 negó la prestación solicitada alegando que no se encontraba en régimen de transición y debía pensionarse con la ley 100 de 1993; que el 5 de junio de 2018 se radico recurso de reposición y en subsidio el de apelación, en resolución SUB 166725 se niega el recurso de reposición; que en la resolución No. DIR 12416 del 5 de julio de 2018 se confirma lo decidido en la resolución SUB 105989.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 96); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento n el proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que para el reconocimiento de la pensión de vejez especial de alto riesgo se deben cumplir con los requisitos establecidos en el art. 3 y 4 del decreto 2090 de 2003 en donde se precisa quienes son los beneficiario y los requisitos para acceder a la pensión pretendida, a su vez señala que de la historia laboral, no se observa que el actror cuente con los aportes especiales referidos en el art. 6 del Decreti 2090 de 2003, por lo que resulta improcedente el estudio pensional del actor. De otro lado, se indica que no fue allegado al plenario prueba idónea que permita verificar que el señor JUAN JOSE GALVIS MENDIWELSON desarrollaba actividades de alto riesgo o que estaba en constante exposición a sustancias o funciones que pusieran en riesgo su vida. Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia del derecho y la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, buena fe de Colpensiones, prescripción e innominada o genérica (fls. 97 a 113).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de julio de 2020, mediante la cual el Juzgado absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra (fls. 143 a 146).

Su decisión se basó en que el demandante prestó sus servicios en ARKAS bajo dos modalidades, la primera de ellas a través de un contrato de prestación de servicios desde el 1 de noviembre de 2016 al 30 de abril 2017como asesor en el proceso de certificación y a partir del 1 de mayo 2017 con contrato de trabajo a termino indefinido en el cargo de director de operaciones con funciones alternas de jefe de pilotos y piloto y luego laboró para Copa. Que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 2093 de 2003, la actividad de aviador civil no se encuentra enlistada como actividad de alto riesgo y por esta razón no le resulta aplicable al demandante. Consideró que tampoco podía interpretarse de la lectura de la sentencia C-093 de 2017 que dicha actividad pueda considerarse como de alto riesgo, pues si bien se demandó la inconstitucionalidad de los numerales 1,2 y 8 del Decreto 2093 para que fuera incluida la actividad de aviador en esa categoría, lo cierto es que la Corte se declaró inhibida.

Por otro lado, señaló la Juzgadora de instancia que siendo la actividad desarrollada por el actor la de aviador, la norma aplicable es el decreto 1282 de 1994 que regula el régimen pensional de los aviadores civiles, sin embargo, consideró que el actor no era beneficiario del régimen de transición para aviadores, pues no contaba con 40 años de edad y 10 años de servicio al 1994, para esa fecha el actor contaba con 25 años de edad y de acuerdo con el extracto expedido por ACDAC el actor había cotizado un total de 3 años, 11 meses y 23 días, por ende no se hace acreedor a la pensión de jubilación.

A su vez, señala que el actor tampoco se hace acreedor al régimen de transición contemplado en el art 36 de la ley 100 de 1993, en vista que a su entrada en vigencia contaba con 4 años, 10 meses y 10 días de cotización y menos de 40 años de edad, por lo tanto, su derecho a la pensión se encuentra regulado en el art. 33 de la ley 100 de 1993, sin embargo tampoco acredita las exigencias allí establecidas pues tan solo cuenta con 52 años de edad y 742,42 semanas cotizadas, debiendo acreditar 1.300 semanas y 62 años de edad.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que ha estado vinculado con varias compañías, por lo que cuenta con 1.489,13 semanas, las cuales han sido cotizadas en ACDAC y a Colpensiones. Que el demandante por estar desde 1990 como piloto, le cubre las pensiones transitorias reguladas en los Decretos 1282 de 1994 y 1302 de la misma fecha. Respecto a la aplicación del Decreto 2090 de 2003, señala que en la sentencia C-093 de 2017 se decide que la normatividad aplicable al presente caso son los art. 268 269 y 270 del CST, Decreto 60 de 1973, art. 243 de la Constitución Política, la declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales que consagra la protección de este tipo de prestaciones, además de las establecidos en las convenciones 115, 139, 018, 174 que hacen parte del bloque de Constitucionalidad, lo que generan que el demandante tenga un régimen constitucional especial. Adicionalmente, señala el recurrente que la sentencia de Constitucionalidad aclara que todas las personas que hayan ejercido las funciones de alto riesgo siguen siendo protegidos por el régimen anterior, sentencia que hace tránsito a cosa juzgada y tiene alcance a todas las partes.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: Solicita sea revocada la decisión de instancia, y en su lugar se acceda al reconocimiento de la pension especial de vejez por ejercer actividades de alto riesgo, aunado a que pretender que el trabajador pruebe estar sometido a actividades de alto riesgo es **irrazonable**, y que en efecto el actor estuvo expuesto a una actividad peligrosa, como lo es la labor de aviador civil.

Parta demandada COLPENSIONES: En la oportunidad para alegar de conclusión solicitó sea confirmada la decisión absolutoria de primera instancia, ya que el demandante no cumple con los requisitos que establece los artículos 3 y 4 del Decreto 2090 de 2003, relativa a la pensión especial de alto riesgo, e igualmente tampoco acredita ser parte del regimen transicional para esta clase de prestaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud del grado jurisdiccional de **consulta** concedido en favor de la parte demandante, los problemas jurídicos a resolver que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se considera actividad de alto riesgo, la aviación civil? (ii) ¿El demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión especial por alto riesgo? (iii) ¿Cuál es el alcance dado por la Corte Constitucional a la sentencia C-093 de 2017 en relación con las actividades de aviación civil?

Pensión especial por actividad de alto riesgo

Pretende la parte actora que se le reconozca que tiene derecho a percibir a cargo de la COLPENSIONES pensión especial de vejez, por considerar que sus actividades relacionadas como aviador comercial son catalogadas como de alto riesgo a la luz de lo establecido en la sentencia C-093 de 2017.

Previo a considerar si las actividades desempeñadas por el señor JUAN JOSE GALVIS MENDIWELSON son consideradas como de alto riesgo o no, es menester determinar en primer lugar cuales son estas labores que en concepto del accionante generan una disminución de su expectativa de vida saludable.

Para el efecto, tenemos que obra a folio 15 de del informativo, certificación laboral de fecha 9 de enero de 2012, en la que se hace constar que el señor JUAN JOSE GALVIS MENDIWELSON, estuvo vinculado con la sociedad ARKAS S.A., a través de un contrato de prestación de servicios entre el 1 de noviembre de 2006 al 30 de abril de 2007, como asesor para el proceso de certificación. A su vez, el actor fue vinculado a través de contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de mayo de 2007 al 31 de julio de 2010, para desempeñar el cargo de Director de operaciones, con funciones alternas como Jefe de Pilotos y como piloto de ATR42.

A su vez, encontramos certificación laboral de fecha 14 de octubre de 2017, de la que se avizora que el actor labora para la aerolínea CopaAirlines Colombia desde el 18 de enero de 2012 en el cargo de capitán y así claramente se observa a folio 16 del informativo.

Ahora bien, las actividades de alto riesgo, a la luz de los dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 corresponden a los trabajados en minería de socavón o subterráneos; los que involucren sustancias cancerígenas; los que impliquen exposición a altas temperaturas; los que impliquen radiaciones ionizantes; la actividad de los controladores de tránsito aéreo; el personal operativo del cuerpo de bomberos y los guardianes del INPEC y de otros centros carcelarios, actividades que de ningún modo se encuentran asociadas a las desarrollas por el señor JUAN JOSE GALVIS MENDIWELSON.

Respecto de la pensión por alto riesgo, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL890-2021, en donde a su vez se rememora lo dicho en providencia CSJ SL1353-2019, que:

> *"En este punto la Corte considera oportuno señalar que como lo ha establecido la jurisprudencia, la pensión anticipada por trabajos de mayor riesgo ampara a las personas que por su actividad, oficio o profesión están expuestas a situaciones que afectan notoriamente su salud al punto de generar una menor expectativa de vida o que estén enfrentados a un mayor nivel de siniestralidad. Y por ello la exigencia de requisitos para obtener una pensión especial de vejez son inferiores a los consagrados en términos generales para quienes no se encuentran expuestos en forma superlativa*

a riesgos de carácter laboral, toda vez que están sujetos a una mengua de sus expectativas de vida saludable. Así, se ha adoctrinado que esas son las razones por las que el régimen especial de pensiones por actividades de alto riesgo prevé la posibilidad de disminuir la edad para acceder a la prestación bajo ciertas condiciones excepcionales e inferiores a las del régimen general, e incluso precedido de una carga contributiva superior que no amenace el equilibrio financiero del sistema pensional, a lo que se agrega que la reducción de la edad solo es posible cuando se ha superado la base mínima de cotizaciones exigida en el sistema general de pensiones".

También ha indicado este órgano colegiado en sentencia CSJ SL11576-2015 y CSJ SL683-2020 que:

"Esta corporación se ha venido pronunciado frente a controversias suscitadas por el reconocimiento de la pensión especial de vejez, en el sentido de afirmar que para ser beneficiario de esa prestación pensional resulta necesario que se demuestre que el trabajador efectivamente estuvo expuesto al riesgo pregonado en el ejercicio de sus funciones" (Sentencia CSJ SL, 30 jul. 2014, rad. 43436, reiterada entre otras, en las providencias CSJ SL11576-2015 y CSJ SL683-2020).

Ahora, si bien es cierto el numeral 5 del artículo 2 del Decreto 2090 de 2003, considera como una actividad de alto riesgo, la de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, no es menos cierto que, el actor no desempeñó ningún cargo con funciones de controlador aéreo, pues de acuerdo con las certificaciones laborales reseñadas precedentemente, el señor JUAN JOSE GALVIS MENDIWELSON a lo largo de su vida laboral se ha desempeñado como piloto de aeronaves comerciales, actividad que se reitera no ha sido catalogada como de alto riesgo por la legislación laboral Colombiana.

En este punto es necesario resaltar que, nuestra H. Corte Constitucional ya tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de la posibilidad de incluir a aquellas personas que desarrollen la actividad de aviadores dentro de los afiliados beneficiarios de la pensión especial por actividad de alto riesgo, desestimando la solicitud en la sentencia C-093 de 2017, en que consideró:

«*Como consecuencia de todos estos yerros conceptuales y normativos del accionante, las acusaciones del demandante por el presunto desconocimiento de los derechos fundamentales de los aviadores son infundadas, por las siguientes razones: (i) la medida atacada no desconoce el derecho a la seguridad social, ya que los aviadores cuentan con un régimen pensional especial contenido en el Decreto 1282 de 1994, que les permite contar con ingresos económicos cuando sobrevienen circunstancias que les impiden laborar, como la vejez, el desempleo, la enfermedad o la incapacidad laboral, y el referido derecho fundamental no exige que este tenga que ser el previsto para las actividades de alto riesgo; (ii) la norma tampoco desconoce la dignidad de los aviadores civiles, en la medida en que el régimen pensional al que se encuentran sometidos les permite vivir autónomamente, asegura condiciones materiales de existencia cuando atraviesan condiciones adversas, y no afecta la intangibilidad de los bienes no patrimoniales ni la integridad física y moral de este grupo poblacional, que son los elementos constitutivos de la dignidad según la sentencia C-381 de 2014; (iii) tampoco se evidencia la afectación de la integridad personal que alega el demandante, máxime cuando en la demanda no se indican las razones de la presunta lesión, y cuando el cargo se ampara en una confusión conceptual entre las actividades de alto riesgo y las actividades peligrosas, claramente diferenciadas a nivel legislativo y jurisprudencial; (iv) por las mismas razones, tampoco se afecta la*

efectividad de los derechos fundamentales, pues el ordenamiento jurídico contempla un completo sistema prestacional para los aviadores civiles, dotado de institucionalidad y de recursos especiales, que asegura sus derechos cuando por distintas contingencias dejan de laborar; (v) tampoco resulta procedente el argumento del demandante sobre la afectación del derecho a la vida y la salud de los aviadores civiles por su exposición a las radiaciones ionizantes, puesto que éstas solo son nocivas para la salud cuando superan el tope de 20mSV, "mientras que a nivel mundial ellas sólo llevan a 3mSv anuales en promedio para los tripulantes de los vuelos comerciales a lo largo de un año"; asimismo, las consideraciones del accionante sobre el aumento en las horas de vuelo, el tráfico aéreo, el calentamiento global y el estrés, que a su juicio conducen a una menor expectativa de vida, también carecen de todo soporte científico; de este modo, como no se presenta la amenaza real y concreta a la vida que el actor aduce como fundamento de su acusación, el cargo resulta improcedente; (vi) finalmente, el hecho de que el derecho positivo haya establecido una diferenciación entre los controladores aéreos y los aviadores comerciales, calificando la actividad de los primeros como de alto riesgo y la segunda no, tampoco infringe el principio de igualdad, como quiera que existen diferencias objetivas relevantes entre unos y otros, y como quiera que en el caso de los primeros, la expectativa de vida se encuentra limitada con respecto al resto de la población; estas diferencias relevantes llevaron al legislador a establecer la diferenciación normativa, y a los órganos judiciales, como el Consejo de Estado, a validar y justificar tal diferenciación».

Conforme con lo hasta aquí expuesto, es claro para esta sala de decisión que, el actor no solo no ha demostrado que las labores ejecutadas como piloto comercial se encuentran catalogadas en el art. 2 del Decreto Ley 2090 de 2003 como de alto riesgo, sino que también ha obviado la demostración de la exposición a los factores de riesgo a los que alude la norma en cita, pues de las certificaciones laborales allegadas, ni del listado de patologías aportado el plenario (fls 19 a 29), se desprende que el señor JUAN JOSE GALVIS MENDIWELSON haya estado en contacto con sustancias cancerígenas, o expuesto a altas temperaturas, o cualquier otro factor de riesgo que implicara la disminución de la expectativa de su vida saludable, tal y como lo dispone el art. 1 ibidem.

Adicionalmente, nótese que el art. 6 del Decreto 2090 de 2003, establece el régimen de transición para aquellas personas que a la fecha de entrada de este decreto, tuvieran como mínimo 500 semanas de cotización especial, en cuyo caso la normatividad aplicable sería el Decreto 1281 de 1994, sin embargo, revisado el reporte de semanas cotizadas en Colpensiones (folios 80 a 88) el señor JUAN JOSE GALVIS MENDIWELSON no contaba con cotizaciones en actividades de algo riesgo, para la fecha de entrada en vigencia de la norma en cita, esto es el 26 de julio de 2003.

Por otro lado, se debe advertir también que, analizada la situación particular del demandante, a la luz de lo dispuesto en el Decreto 1282 de 1994 que regula el régimen pensional de los aviadores civiles, es menester señalar que tampoco el actor resulta ser beneficiario del régimen de transición allí previsto, como quiera que para el 1 de abril de 1994, el actor contaba con 26 años de edad, según registro civil de nacimiento visto a folio 14 y 3 años, 11 meses y 22 días de cotización en la Caja de Auxilios y prestaciones de ACDAC "CAXDAC", tal y como se vislumbra a folios 78 y 79 del plenario. De acuerdo con lo anterior, es claro que no le asiste razón al apelante, pues como ha quedado plenamente acreditado en el expediente, el actor no contaba con 40 años de edad y 10 años de servicio al 1994, por lo que se torna

improcedente el reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos del Decreto 60 de 1973.

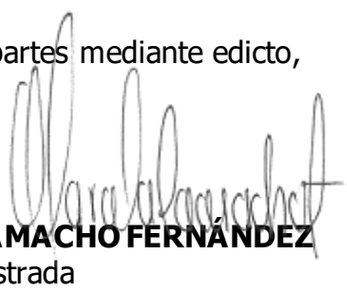
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de julio de 2020, por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***JORGE ENRIQUE RODRIGUEZ RODRIGUEZ***
DEMANDADO: ***CONSTRUCTOR CASTRO C. S.A.S.***
RADICACIÓN: ***1100131050- 04-2018-00301-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA: ***CONTRATO DE TRABAJO.***

Bogotá D.C, treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JORGE ENRIQUE RODRIGUEZ RODRIGUEZ instauró demanda ordinaria contra CONSTRUCTOR CASTRO C. S.A.S. con el fin de que se declare que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 6 de marzo de 2015 y al 27 de abril de la misma anualidad, el cual terminó por causa imputable al empleador, como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene al pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social causados en vigencia de la relación laboral, que se remita al demandante a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá para que se le haga la correspondiente valoración médica, condenar a la demandada a la prestación de manera integral y todos los servicios de salud y tratamientos de rehabilitación que se requieran con ocasión del accedente de trabajo sufrido el 27 de abril de 2015, al pago de los salarios adeudados a titulo de sanción por la terminación anticipada del contrato atribuible al empleador, sanción moratoria e indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se vinculó laboralmente con CONSTRUCTOR CASTRO C. S.A.S. a través de contrato verbal a término indefinido el día 6 de marzo de 2015; que fue contratado para realizar labores de construcción, como son las de mampostería, pañete, fundición de placas y columnas. entre otras, con un horario de trabajo de lunes a viernes de 7 a.m a 5 p.m. y sábado de 7 a.m. a 1 p.m.; que el salario pactado fue de $1`300.000, que el 27 d abril de

2015 estando realizando la labor de función de columnas en la obra del edificio de la carrera 14 con 115 sufrió un accidente de trabajo al caerse del andamio de donde se apoyaba para subir las mezclas de cemento; que fue remitido a la clínica Shaio, donde se determino que tenia fractura de pilón tibial, por lo que requería manejo quirúrgico; que al día siguiente del accidente el demandado lo afilio a la EPS y Pensiones como trabajador independiente; que al momento del accidente se le adeudaban salarios; que en varias ocasiones se les cobro al propietario de la sociedad sin que se haya accedido a su pago; que positiva pago incapacidades desde el 27 de abril hasta el 10 de marzo de 2017; que el demandante quedó con una incapacidad que lo imposibilita para realizar labores; que continúa con tratamientos médicos.

2. Contestación de CONSTRUCTOR CASTRO C. S.A.S. Dio contestación a la demanda a través de curador ad – litem, en vista que en proveído de fecha 18 de junio de 2019 se dispuso su emplazamiento (fl. 110). La auxiliar de la justicia manifestó que se oponía a todas las pretensiones invocadas argumentando que no se acredita dentro del proceso, siquiera sumaria, la existencia de una relación laboral, los extremos temporales y su causa de finalización. Propuso como excepciones de fondo la de cobro de lo no debido por inexistencia de obligación, inexistencia de la obligación, falta de título y causa en las pretensiones de la demanda y prescripción, (fls. 125 a 135).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de marzo de 2020, mediante la cual el Juzgado absolvió a la demandada CONSTRUCTOR CASTRO C. S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor JORGE ENRIQUE RODRIGUEZ RODRIGUEZ (fls. 146 a 147).

Su decisión se basó en que al demandante le correspondía demostrar la prestación personal del servicio para para que operara a su favor la presunción contenida en el art. 24 del CST. Que el material probatorio allegado resultaba precario para la demostración del vínculo pregonado por la parte actora, pues no se logró demostrar ni siquiera la prestación personal del servicio, pues la única testigo fue la señora Blanca Cecilia Rincon, quien manifestó ser la esposa del demandante y quien resultó ser una testigo de oídas, pues dice constarle que el señor JORGE ENRIQUE RODRIGUEZ RODRIGUEZ laboraba con la empresa CONSTRUCTOR CASTRO C. S.A.S. en vista que ella todos los días le alistaba el almuerzo, más no porque lo hubiera visto desempeñando laborar para la constructora. A su vez, señala que ninguna documental da cuenta de la prestación personal del demandante a la constructora, pues esta únicamente demuestra que el actor estuvo vinculado al sistema como independiente y que estuvo incapacitado en el año 2015 y 2016, sin que en ningún caso aparezca como empleador la demandada.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que el demandante laboró desde el 6 de marzo de 2015 a favor de la sociedad CONSTRUCTOR CASTRO C. S.A.S. y su vinculación se dio a través de un contrato verbal de trabajo a término indefinido, con el cumplimiento de un contrato de trabajo, que la documentación de folio 22 demuestra la existencia del contrato de trabajo, el cual da fe del reporte de radicación de fecha 6 de abril de 2015, en donde se encuentra que el señor JORGE ENRIQUE RODRIGUEZ RODRIGUEZ se encuentra afiliado con positiva y que figura como empleador la sociedad CONSTRUCTOR CASTRO C. S.A.S. Que el folio 24 también demuestra la existencia del contrato de trabajo. Por su parte el folio 29, que es copia de la carta que el señor Raúl Castro

pretendía hacer firmar del actor, misma que se encuentra firmada por el representante legal de la demandada y que cuenta con el logo de la sociedad. Por otro lado, con el interrogatorio de parte queda claro que allí se indica que su esposa en varias ocasiones le reclamó al representante legal de la sociedad el pago de lo adeudado y en una ocasión se le canceló algo más de $500.000, lo que sirvió para los traslados de la parte actora. Que la empresa siempre ha sido renuente a recibir notificaciones y en este caso no se puede desamparar al actor pues quedó con incapacidad desde el 27 de abril de 2017 y siempre ha sido beneficiario de su esposa, es persona mayor y debido a su estado de salud no puede conseguir trabajo.

5. Alegatos por parte del demandante: Señala que entre las partes existió un contrato de trabajo y es así que el empleador envió con la hija del demandante carta fechada 9 de octubre de 2015 con la finalidad que se declarara a paz y salvo. Que con ocasión del accidente padecido por el demandante se demostró que su empleador no había cumplido con su obligación de afiliarlo a riesgos laborales, que después de este hecho fue afiliado a la ARL Positiva a nombre de la demandada. Por lo anterior, solicita que sea revocada la sentencia y se condene a la pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se encuentra demostrada la prestación personal del servicio por parte del demandante y se debe dar aplicación a la presunción contenida en el art. 24 del CST (ii) ¿Hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante JORGE ENRIQUE RODRIGUEZ RODRIGUEZ y el demandado CONSTRUCTOR CASTRO C. S.A.S.? y en caso positivo (iii) ¿Se debe ordenar el pago de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones pretendidas?

Existencia de contrato de trabajo

Para resolver el problema jurídico encaminado a establecer si entre las partes existió una relación de trabajo, debe precisar la Sala que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre la que se encuentra la sentencia SL9801-2015, ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial e incluso del sector solidario.

El artículo 23 del C.S. del T, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S. del T. subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990, establece que *"Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo"*

Frente a lo cual, la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019, dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, en consecuencia, se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.

De acuerdo con lo anterior y en la medida que los argumentos planteados por el apelante se cimentan en el hecho que el contrato de trabajo se encuentra acreditado con las documentales obrantes a folios 22, 24 y 29 del informativo, procede la sala de decisión a efectuar la correspondiente valoración probatoria.

En efecto, tenemos que obra a folio 22 del plenario, reporte de radicación de fecha 6 de abril de 2015 expedido por Positiva Compañía de Seguro, del que se advierte que la accionada afilió al señor JORGE ENRIQUE RODRIGUEZ RODRIGUEZ a dicha entidad desde el 6 de abril de 2015. Ssobre el particular, se debe recordar que tal y como lo ha venido sosteniendo la Sala Laboral de la CSJ, entre otras, en las sentencias, CSJ SL, 16 octubre 2012, radicación 40966; SL, 6 marzo 2003, radicación 19248, más recientemente en la SL1009-2021, la existencia de una afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral no es por sí sola demostrativa de la existencia de un vínculo laboral dado que no es hoy en día un elemento exclusivo de las relaciones contractuales laborales subordinadas, más aún cuando del contenido de la documental de folio 24, se observa que el demandante refleja cotizaciones en salud en la EPS SaludTotal en el mes de marzo y abril de 2015 como trabajador dependiente de la sociedad Grupo VSA S.A.S. y de Jaime Ernesto Arevalo, y como trabajador independiente en el mes de mayo de la misma anualidad.

Por otro lado, tenemos que la documental de folio 29 del plenario, a pesar de prestar pleno valor probatorio en los términos del art. 54 A del CPT y SS, lo cierto es que en su contenido no se indica las fechas de los emolumentos sobre los cuales se declaran a paz y salvo, máxime cuando fue expedida hasta el 9 de octubre de 2015, esto es, luego de 5 meses y 13 días después del pretendido extremo final del contrato, que según el accionante tuvo lugar el 27 de abril de 2015,por tanto, no conlleva a determinar en lo más mínimo la prestación del servicio exigido durante el periodo alegado para la aplicación de la presunción de existencia del vínculo laboral.

Ahora, si bien no fue objeto de apelación la valoración probatoria efectuada por la Juez de instancia, frente a la declaración de la señora Blanca Cecilia Rincon, es menester señalar que dicho testimonio no demuestra la prestación personal del servicio que aduce la parte demandante haber prestado en beneficio de la sociedad CONSTRUCTOR CASTRO C. S.A.S., pues sus afirmaciones se encuentran dirigidas a sostener que el actor, quien a su vez es su esposo, laboraba para la pasiva realizando trabajos de mampostería en una obra de lunes a viernes de 7 a.m. a 5 p.m. y sábados de 7 a.m. a 1 p.m., sin embargo, de su dicho se extrae que no tiene conocimiento de estos hechos de manera directa, pues dijo constarle ello en razón a que su esposo le contaba y

porque todos los días le dejaba listo el almuerzo a él y a su hijo para que se fueran a trabajar, por ende, esta prueba testimonial no da claridad a los hechos debatidos en juicio.

De acuerdo con las anteriores elucubraciones, debe indicarse que no fue allegada al proceso, prueba alguna que dé certeza a esta sala de decisión acerca de la prestación personal del servicio que dijo haber prestado el señor JORGE ENRIQUE RODRIGUEZ RODRIGUEZ a favor de CONSTRUCTOR CASTRO C. S.A.S., y que permita aplicar la presunción contenida en el art. 24 del C.S.T., como acertadamente lo concluyó la Juez de Instancia, razones que conllevan a confirmar íntegramente el fallo apelado.
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de marzo de 2020, por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
(Salva voto)

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***GONZALO ANDRES ARBOLEDA BONNETT***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***1100131050-35-2019-00809-01***
ASUNTO: ***CONSULTA A FAVOR DEL DEMANDANTE***
TEMA: ***PENSIÓN ESPECIAL ACTIVIDAD ALTO RIESGO***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. GONZALO ANDRES ARBOLEDA BONNETT instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que tiene derecho a la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo a partir de las 1.000 semanas cumplidas y como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de las mesadas pensionales causadas desde junio de 2011, junto con los intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que ha laborado y cotizado como aviador civil con as empresa aéreas Aerorepública y Avianca S.A. desde el 1 de octubre de 1994 hasta la fecha; que sus asignaciones salariales fluctúan desde $1.744.000 hasta el actual que es $19`531.050; que es beneficiario de las convenciones colectivas de la empresa Aerorepública y Avianca S.A.; que actualmente cuenta con mas de 8.830 días laborados, equivalente a 1.261,30 semanas de cotizadas a Colpensiones; que se encuentra afiliado a Colpensiones desde el 1 de octubre de 2016; la naturaleza del servicio ha sido especial, como quiera que se ha desempeñado exclusivamente como piloto de aeronaves; que la aviación civil es una labor de alto riesgo ya que no solo implica riesgo para la vida, sino también una "disminución de la vida saludable y la necesidad de retiro de las funciones laborales (art. 1 del Decreto 2090 del 2003); que el trabajo no solo ha alterado su salud, sino que también ha sido obstáculo de su no retiro causado por el no reconocimiento de la pensión, que se continua agravando su salud, pues la línea de salud de los aviadores sufre deterioros permanentes; que por estar vinculado al trabajo de alto riesgo de la aviación antes del 31 de diciembre de 2014, el régimen pensional constitucional a que está sujeto es especial y obligatorio;

que tiene derecho a percibir la pensión de alto riesgo, pues cuenta con más de 20 años de servicio y con 45 años de edad; que las compañías Aerorepública y Avianca S.A. admiten la existencia de peligros a la salud y vida de los pilotos y por ello pactan beneficios adicionales a lo que tendría cualquier trabajador; que el 30 de mayo de 2019 ,radicó ante la demandada solicitud de reconocimiento de la pensiones especial de vejez por actividades de alto riesgo, en aplicación de la sentencia C-093 de 2017, con radicado 2019_7192051; que mediante Resolución SUB 238937 del 31 de agosto de 2019, denegó el reconocimiento y pago de la pensión, alegando que no tiene una actividad de alto riesgo y que la sentencia fue inhibitoria; que el 11 de septiembre de 2019 se radicó recurso de reposición y en subsidio apelación, que en resolución SUB 266057 del 15 de septiembre de 2019 se confirma la decisión impugnada; que mediante resolución DPE 11253 del 11 de octubre de 2019 resuelve la apelación y para el efecto confirmó la decisión apelada.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 91); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que conforme la historia laboral del demandante no cuenta con las semanas de cotización de alto riesgo, pues su empleador no cotizó los porcentajes que corresponden por semanas de ato riesgo y en este sentido no cuenta con las 700 semanas, por otro lado, se requiere demostrar que el trabajador estuvo realmente expuesto a trabajos de alto riesgo, hecho que no se demuestra en el presente caso. Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, compensación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (fls. 92 a 99).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de noviembre de 2020, mediante la cual el Juzgado absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

Su decisión se basó en que, si bien el demandante prestó sus servicios como aviador comercial a favor de las aerolíneas Aerorepública y Avianca S.A., lo cierto era que esta actividad de ningún modo se encuentra asociada a las actividades de alto riesgo a la luz de los dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 y que tampoco se encontraba acreditado que desempeñara labores de controlador de vuelo. Así mismo, indicó que aparte de no ser catalogada la actividad desarrollada por el actor como de alto riesgo, tampoco ha sido demostrado por la parte demandante, teniendo la carga probatoria, la exposición a altas temperaturas, sustancias cancerígenas, o cualquier otro factor de riesgo que implicara disminución de la expectativa de vida saludable. Que tampoco era beneficiario del régimen de transición contemplado en el art 6 del Decreto 2090 de 2003, ni del art. 36 de la ley 100 de 1993 y, por lo tanto, no tenía derecho a reconocimiento pensional. Finalmente, y en cuanto a la aplicación de la sentencia C-093 de la Corte Constitucional, señaló esta corporación tan solo se limitó a declararse inhibida para pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 2090 de 2003, sin que se condicionara los efectos de la aplicación de esa norma y que le pudiera dar derecho a la pensión en la forma pretendida por el actor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud del grado jurisdiccional de **consulta** concedido en favor de la parte demandante, los problemas jurídicos a resolver que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se considera actividad de alto riesgo la aviación civil? (ii) ¿El demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión especial por alto riesgo? (iii) ¿Cuál es el alcance dado por la Corte Constitucional a la sentencia C-093 de 2017 en relación con las actividades de aviación civil?

Pensión especial por actividad de alto riesgo

Pretende la parte actora que se le reconozca que tiene derecho a percibir a cargo de la COLPENSIONES pensión especial de vejez, por considerar que sus actividades relacionadas como aviador comercial son catalogadas como de alto riesgo a la luz de lo establecido en la sentencia C-093 de 2017.

Previo a considerar si las actividades desempeñadas por el señor GONZALO ANDRES ARBOLEDA BONNETT son consideradas como de alto riesgo o no, es menester determinar en primer lugar cuales son estas labores que en concepto del accionante generan una disminución de su expectativa de vida saludable.

Para el efecto, tenemos que obra a folio 13 de del informativo, certificación laboral de fecha 12 de diciembre de 2017, en la que se hace constar que el señor GONZALO ANDRES ARBOLEDA BONNETT, estuvo vinculado como copiloto en la compañía CopaAirlines Colombia entre el 9 de mayo de 1994 al 23 de diciembre de 1997 y que dentro de sus funciones se encontraban las de asistir al comandante de la manera más eficiente posible para que la preparación del vuelo, supervisar el desempeño del resto de la tripulación, asumir las funciones y las responsabilidades del comandante en caso de que este sufra alguna incapacidad durante el vuelo y ejecutar los vuelos programados en su itinerario.

A folios 14 a 17, obra certificado especial de técnico operativo de fecha 29 de noviembre de 2017, del que se avizora que el accionante se desempeña como comandante de la Flota A32S, y ha desempeñado los siguientes cargos:

1. Del 18 de junio de 1998 al 2 de agosto de 2016 fue copiloto MD83, con .

2. Del 11 de enero de 2007 al 16 de junio de 2008 fue copiloto B-767/757.

3. Del 15 de octubre de 2008 al 30 de mayo de 2009 fue copiloto A-330.

4. Del 6 de septiembre de 2009 al 28 de diciembre de 2010 Capitán F50.

5. Del 9 de marzo de 2011 al 23 de agosto de 2017 Capitán A-318/319/320/321

Fueron funciones del actor como copiloto, desarrollar las funciones de cabina de acuerdo a las normas y procedimientos establecidos en el manual de operaciones, ser la segunda autoridad abordo, representar al comandante en aquellas funciones que este delegue, asumir el mando en caso de quedar incapacitado el comandante entre otros. A su turno, el actor en el cargo de piloto asumió como funciones las de ser el responsable de la operación del avión, delegar en el copiloto las funciones que sean susceptibles de ello, recibir la información y documentación necesaria para el despacho y desarrollo del vuelo, entre otras.

Ahora bien, las actividades de alto riesgo, a la luz de los dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 corresponden a los trabajados en minería de socavón o subterráneos; los que involucren sustancias cancerígenas; los que impliquen exposición a altas temperaturas; los que impliquen radiaciones ionizantes; la actividad de los controladores de tránsito aéreo; el personal operativo del cuerpo de bomberos y los guardianes del INPEC y de otros centros carcelarios, actividades que de ningún modos se encuentran asociadas a las desarrollas por GONZALO ANDRES ARBOLEDA BONNETT.

Respecto de la pensión por alto riesgo, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL890-2021, en donde a su vez se rememora lo dicho en providencia CSJ SL1353-2019, que:

> *"En este punto la Corte considera oportuno señalar que como lo ha establecido la jurisprudencia, la pensión anticipada por trabajos de mayor riesgo ampara a las personas que por su actividad, oficio o profesión están expuestas a situaciones que afectan notoriamente su salud al punto de generar una menor expectativa de vida o que estén enfrentados a un mayor nivel de siniestralidad. Y por ello la exigencia de requisitos para obtener una pensión especial de vejez son inferiores a los consagrados en términos generales para quienes no se encuentran expuestos en forma superlativa a riesgos de carácter laboral, toda vez que están sujetos a una mengua de sus expectativas de vida saludable. Así, se ha adoctrinado que esas son las razones por las que el régimen especial de pensiones por actividades de alto riesgo prevé la posibilidad de disminuir la edad para acceder a la prestación bajo ciertas condiciones excepcionales e inferiores a las del régimen general, e incluso precedido de una carga contributiva superior que no amenace el equilibrio financiero del sistema pensional, a lo que se agrega que la reducción de la edad solo es posible cuando se ha superado la base mínima de cotizaciones exigida en el sistema general de pensiones".*

También ha indicado este órgano colegiado en sentencia CSJ SL11576-2015 y CSJ SL683-2020 que:

> *"Esta corporación se ha venido pronunciado frente a controversias suscitadas por el reconocimiento de la pensión especial de vejez, en el sentido de afirmar que para ser beneficiario de esa prestación pensional resulta necesario que se demuestre que el trabajador efectivamente estuvo expuesto al riesgo pregonado en el ejercicio de sus funciones"* (Sentencia CSJ SL, 30 jul. 2014, rad. 43436, reiterada entre otras, en las providencias CSJ SL11576-2015 y CSJ SL683-2020).

Ahora, si bien es cierto el numeral 5 de Decreto 2090 de 2003 considera como una actividad de alto riesgo, la de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de lo hasta aquí demostrado es claro que al actor no desempeñaba ningún cargo como controlador aéreo, pues de acuerdo con las certificaciones laborales valoradas con anterioridad, GONZALO ANDRES ARBOLEDA BONNETT a lo largo de su vida laboral se ha desempeñado como copiloto y piloto de aeronaves comerciales, actividad que se reitera no ha sido catalogada como de alto riesgo por la legislación laboral Colombiana.

En este punto es necesario resaltar que, nuestra H. Corte Constitucional ya tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de la posibilidad de incluir a aquellas personas que desarrollen la actividad de aviadores dentro de los afiliados beneficiarios de la pensión especial por actividad de alto riesgo, desestimando la solicitud en la sentencia C-093 de 2017, en que consideró:

«*Como consecuencia de todos estos yerros conceptuales y normativos del accionante, las acusaciones del demandante por el presunto desconocimiento de los derechos fundamentales de los aviadores son infundadas, por las siguientes razones: (i) la medida atacada no desconoce el derecho a la seguridad social, ya que los aviadores cuentan con un régimen pensional especial contenido en el Decreto 1282 de 1994, que les permite contar con ingresos económicos cuando sobrevienen circunstancias que les impiden laborar, como la vejez, el desempleo, la enfermedad o la incapacidad laboral, y el referido derecho fundamental no exige que este tenga que ser el previsto para las actividades de alto riesgo; (ii) la norma tampoco desconoce la dignidad de los aviadores civiles, en la medida en que el régimen pensional al que se encuentran sometidos les permite vivir autónomamente, asegura condiciones materiales de existencia cuando atraviesan condiciones adversas, y no afecta la intangibilidad de los bienes no patrimoniales ni la integridad física y moral de este grupo poblacional, que son los elementos constitutivos de la dignidad según la sentencia C-381 de 2014; (iii) tampoco se evidencia la afectación de la integridad personal que alega el demandante, máxime cuando en la demanda no se indican las razones de la presunta lesión, y cuando el cargo se ampara en una confusión conceptual entre las actividades de alto riesgo y las actividades peligrosas, claramente diferenciadas a nivel legislativo y jurisprudencial; (iv) por las mismas razones, tampoco se afecta la efectividad de los derechos fundamentales, pues el ordenamiento jurídico contempla un completo sistema prestacional para los aviadores civiles, dotado de institucionalidad y de recursos especiales, que asegura sus derechos cuando por distintas contingencias dejan de laborar; (v) tampoco resulta procedente el argumento del demandante sobre la afectación del derecho a la vida y la salud de los aviadores civiles por su exposición a las radiaciones ionizantes, puesto que éstas solo son nocivas para la salud cuando superan el tope de 20mSV, "mientras que a nivel mundial ellas sólo llevan a 3mSv anuales en promedio para los tripulantes de los vuelos comerciales a lo largo de un año"; asimismo, las consideraciones del accionante sobre el aumento en las horas de vuelo, el tráfico aéreo, el calentamiento global y el estrés, que a su juicio conducen a una menor expectativa de vida, también carecen de todo soporte científico; de este modo, como no se presenta la amenaza real y concreta a la vida que el actor aduce como fundamento de su acusación, el cargo resulta improcedente; (vi) finalmente, el hecho de que el derecho positivo haya establecido una diferenciación entre los controladores aéreos y los aviadores comerciales, calificando la actividad de los primeros como de alto riesgo y la segunda no, tampoco infringe el principio de igualdad, como quiera que existen diferencias objetivas relevantes entre unos y otros, y como quiera que en el caso de los primeros, la expectativa de vida se encuentra limitada con respecto al resto de la población; estas diferencias relevantes llevaron al legislador a establecer la diferenciación normativa, y a los órganos judiciales, como el Consejo de Estado, a validar y justificar tal diferenciación*».

Conforme con lo hasta aquí expuesto, es claro para esta sala de decisión que, el actor no solo no ha demostrado que las labores ejecutadas como piloto comercial se encuentran catalogadas en el art. 2 del Decreto Ley 2090 de 2003 como de alto riesgo, sino que también ha obviado la demostración de la exposición a los factores de riesgo a los que alude la norma en cita, pues ni de las certificaciones laborales allegadas, ni del listado de patologías aportado el plenario (fls 22 a 25), se desprende que el señor GONZALO ANDRES ARBOLEDA BONET haya estado en contacto con sustancias cancerígenas, o expuesto a altas temperaturas, o cualquier otro factor de riesgo que implicara la disminución de la expectativa de su vida saludable, tal y como lo dispone el art. 1 ibidem.

Adicionalmente, nótese que el art. 6 del Decreto 2090 de 2003, establece el régimen de transición para aquellas personas que, a la fecha de entrada de este decreto, tuvieran como mínimo 500 semanas de cotización especial, en cuyo caso la

normatividad aplicable sería el Decreto 1281 de 1994, sin embargo, revisado el reporte de semanas cotizadas en Colpensiones (folios 52 a 57) el señor GONZALO ANDRES ARBOLEDA BONET no contaba con cotizaciones en actividades de algo riesgo, para la fecha de entrada en vigencia de la norma en cita, esto es el 26 de julio de 2003.

Por otro lado, se debe advertir también que, analizada la situación particular del demandante, a la luz de lo dispuesto en el Decreto 1282 de 1994 que regula el régimen pensional de los aviadores civiles, es menester señalar que tampoco el actor resulta ser beneficiario del régimen de transición allí previsto, como quiera que para el 1 de abril de 1994, el actor contaba con 20 años de edad, según registro civil de nacimiento visto a folio 20 y cero semas de cotización en la Caja de Auxilios y prestaciones de ACDAC "CAXDAC". De acuerdo con lo anterior y como ha quedado plenamente acreditado en el expediente, el actor no contaba con 40 años de edad y 10 años de servicio al 1994, por lo que se torna improcedente el reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos del Decreto 60 de 1973.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

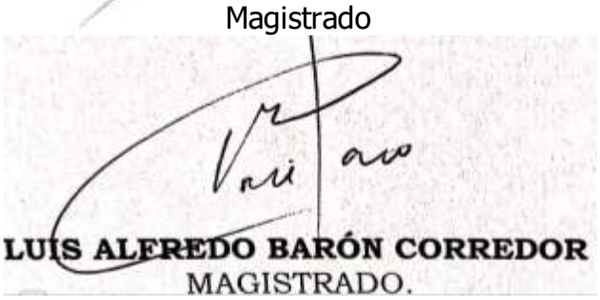
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2020, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***KAREN ANGELICA PRIETO CASTAÑEDA***
DEMANDADO:	***CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO***
RADICACIÓN:	***1100131050- 23-2019-00200-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE Y DEMANDADA***
TEMA:	***NULIDAD PROCESO DISCIPLINARIO***

Bogotá D.C, treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. KAREN ANGELICA PRIETO CASTAÑEDA instauró demanda ordinaria contra CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 18 de abril de 2018 al 18 de octubre de la misma anualidad y que el ultimo salario fue de $1`350.200; declarar la nulidad del proceso disciplinario llevado a cabo el 19 de octubre de 2018; que la demandada no cumplió con los requisitos establecidos en la sentencia C-593-2014 al iniciar y llevar a cabo el proceso disciplinario; como consecuencia de lo anterior, solicita que se reintegre a al mismo lugar de trabajo, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, cotizaciones a seguridad social causadas desde el momento del despido, hasta la fecha del reintegro. De manera subsidiaria, solicita que se declare que fue despedida sin justa causa y como consecuencia de ello se disponga el pago de la indemnización contemplada en el art. 64 del CST y la indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del CST.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 18 de abril de 2018 hasta el 18 de octubre de la misma anualidad; que el contrato fue firmado el 17 de abril de 2018; que el cargo desempeñado era de auxiliar de enfermería; que el salario acordado era de $1`350.200; durante la relación laboral cumplió con el horario y las funciones estipuladas sin tener inconvenientes; que desempeñó cargo con responsabilidad y

respeto con compañeros, jefes y usuarios; que los servicios eran prestados en la clínica Infantil Colsubsidio; que el 3 de octubre de 2018 fue golpeada por una cliente sin razón justificada; que se realizó la valoración de medicina legal en la que consta 7 días de incapacidad por lesiones; que se presentó denuncia contra la usuaria; que el 8 de octubre de 2018 recibió citación para diligencia de descargos, sin que se aportaran pruebas de los hechos que dieron origen a la apertura del proceso disciplinario; que el 9 de octubre de 2018 se realizó diligencia de descargos en la que se realizaron preguntas capciosas; que nunca se le informó cuando darían el resultado del proceso disciplinario; que nunca se le informó que la decisión adoptada era susceptible de recurso de apelación; que el 17 de octubre de 2018 se le notifica la terminación del contrato de trabajo con justa causa; que no se especificó, ni se informó la valoración de las pruebas que se allegaron al proceso disciplinario; que no se le informaron cuales fueron las razones específicas de la terminación del despido; que en ningún momento se le explicaron las normas del código sustantivo de trabajo, ni las del reglamento interno de trabajo en la que supuestamente estaba incursa; que no se tuvo en cuenta su desempeño durante el tiempo laborado en la entidad; que no se tuvo en cuenta dentro de la investigación disciplinaria lo manifestado y los hechos ocurridos; que la demandada decidió de manera arbitraria la terminación del contrato de trabajo, vulnerando derechos fundamentales y laborales.

2. Contestación de CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que se está pretendiendo la nulidad de un despido cuando no existe fundamento alguno para ello, toda vez que el contrato de trabajo de la demandante fue terminado al configurarse una justa causa, lo anterior con fundamento en las gravísimas faltas cometidas por la parte actora en ejercicio de sus funciones y que fueron descritas en la comunicación del 17 de octubre de 2018, por lo tanto, no hay lugar al reintegro ni a la indemnización por despido injusto. Señala que, pese a que no era obligación de la entidad adelantar proceso disciplinario, el mismo se surtió conforme lo dispuesto en el art. 115 del CST y a pesar de ello la demandante no logró justificar la comisión de las faltas que motivaron la terminación del contrato de trabajo en las explicaciones que presentó, ni allegó prueba que las desvirtuaran. Propuso como excepciones de fondo la de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y causa en las pretensiones de la demanda, ausencia de obligación en la demandada, pago, buena fe, compensación y prescripción (fls. 78 a 97).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de febrero de 2020, mediante la cual el Juzgado declaró que entre la demandante Karen Angélica Prieto Castañeda y la demanda la Caja colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio, existió Contrato de Trabajo vigente a término indefinido entre el 18 de abril de 2018 al 17 octubre de 2018, tiempo en el cual devengó como salario la suma de $1.350.200 pesos, en virtud de ello, condenó al pago de $1.350.200 por concepto de indemnización sin justa causa y absolvió de las demás pretensiones (fls. 3 a 13).

Su decisión se basó en que no se encuentra en discusión la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, tampoco que el mismo inicio el día 3 abril 2018 y terminó el 17 octubre 2018, por comunicación de terminación de contrato. Que en virtud de esta relación la demandante recibió como salario 1.350.200 y desempeñó como último cargo el de auxiliar de enfermería. Señaló que la demandada dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 56 reglamento interno de trabajo, para adelantar el proceso disciplinario de la demandante, el que se ajusta a las pautas mínimas establecidas en la jurisprudencia constitucional garantizando a la demandante

el debido proceso, el derecho a la defensa y de contradicción. Que, si bien no se le pusieron de presente las pruebas en que la entidad se basaba para dar apertura al proceso disciplinario, al inició de la diligencia de los descargos se le comunicó que la entidad conoció los hechos acaecidos del 3 de octubre de 2018, conforme al reporte del enfermero supervisor de turno de la tarde y el informe de seguridad. Es decir, que la demandante tuvo la posibilidad de ejercer derecho a la defensa frente a las mismas. Que con posterioridad la empresa adoptó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, informándole sobre los hechos que originaron la misma y las causales infringidas, sin que resulte admisible considerar que debió contar en su momento con la posibilidad de controvertir la decisión, pues no se trata una sanción disciplinaria sino de un despido y por tal razón no había lugar a declarar la nulidad del proceso disciplinario adelantado por la entidad. Respecto al despido sin justa causa, indica que no se demostró que el incidente del 3 de octubre de 2018 haya sido originado por hechos o actuaciones exclusivas de la demandante, pues los testigos dan cuenta que la demandante en ningún momento respondió a las agresiones que le proporcionaba la madre de la paciente, por lo tanto, al no haberse demostrado o acreditado que la situación ocurrida el 3 de octubre de 2018 se hubiera generado por una actuación de la demandante, no podría entenderse que incurrió en graves negligencias o indisciplina que afectara el buen nombre de la Clínica, por el contrario, lo que se evidenció fue que la demandante trató de llevar la situación de la mejor manera con el fin de no generar inconvenientes a la Clínica y dio aviso como debía hacer a su superior de los hechos sucedidos en el mismo momento con el fin de buscar ayuda y tratar de calmar la situación. Que, al no demostrarse los hechos endilgados a la demandante, no existió una justa causa para terminar el contrato de trabajo. Finalmente, y en lo que se refiere a la indemnización del art. 65 del CST, señaló que en el presente caso no se reclama el pago de salarios, ni prestaciones sociales y dicha indemnización no opera frente a la indemnización por despido sin justa causa.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que dentro del proceso disciplinario no tuvo el derecho de argumentar o de poder establecer una defensa, toda vez de qué el tiempo que se le concedió fue muy poco, que tampoco se le dieron a conocer cuales habían sido las faltas, conforme lo establece el artículo 56 numeral 2 del reglamento interno de trabajo. Manifiesta que la sentencia C 593 de 2014, establece un principio fundamental que es el de la doble instancia, el que tampoco se le concedió. Aunado lo anterior, indica que las preguntas 9, 10, 11, 13 y 14 del acta de descargos, fueron capciosas y afirmativas e incluso demuestran que la decisión de terminar el contrato ya estaba determinada por parte de la compañía, sin haber tenido la demandante derecho a la defensa, pues las pruebas por ella aportadas no fueron tenidas en cuenta y tampoco reposaron en el expediente de la demanda, que por todo lo anterior, el proceso disciplinario no tuvo un procedimiento adecuado conforme a la sentencia C-593 de 2014. Finalmente, afirma que, al ser despedida sin justa causa, la compañía no pago unas acreencias laborales, como es la indemnización del artículo 64 del CST, por tal razón, se debe reconocer la indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del CST, ya que incluso se demuestra la mala fe, al despedir a la demandante alegando unas causales que ni siquiera fueron probadas.

La parte **demandada** también interpuso recurso de apelación y para el efecto señaló que en la comunicación del 17 de octubre del 2018 a la demandante se le endilgan tres circunstancias, i) la primera de ellas es no haber garantizado un adecuado relacionamiento con los pacientes de la clínica, pues la demandante permitió que la discusión se desplazara del lugar que tuvo origen, lo que facilitó las agresiones, porque si se hubiese ubicado en el mismo lugar donde recibió a la mamá del paciente era

mayor la posibilidad de que las personas que estaban allí, que eran sus compañeros de trabajo, estuvieran pendientes de cualquier situación y no se hubiera presentado una situación mayor; ii) que el hecho que la agresora conociera el nombre de la demandante, sin indicar que ella haya propiciado la riña o la circunstancia bochornosa que ocurrió ese día, da a entender que existía un conocimiento previo entre las implicadas, lo que juega en contra del comportamiento de la señora Karen Angelica Prieto Castañeda y iii) que la circunstancia generó un bochornoso incidente que afectó negativamente la imagen corporativa de Colsubsidio, pues se generó un gran escándalo, lo cual ocasionó que incluso los padres de los menores que se encontraban hospitalizados en ese piso, salieran a verificar que era lo que había pasado, lo que dio lugar a que la policía tuviera que hacer presencia en ese lugar y que incluso otras áreas de la clínica tuvieran que llegar a controlar ese suceso. Señala también que donde se presentó el incidente es un piso donde están hospitalizados los menores de 2 años y dónde se requiere total tranquilidad.

5. Alegatos presentados por la parte demandante: Señala que el juez de instancia no tuvo en cuenta que la demandante fue despedida sin tener en cuenta el procedimiento disciplinario establecido en el reglamento interno de trabajo, ni los preceptos establecidos en la sentencia C-593 de 2014. De acuerdo con lo anterior, solicita que se modifique la sentencia y se ordene el reintegro de la demandante junto con el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la terminación del contrato hasta la fecha de reintegro.

6. Alegatos presentados por la parte demandada: Solicita que se revoque la sentencia apelada y como consecuencia de ello se absuelta a la entidad de todas las pretensiones de la demanda, debido a que cumplió con la carga probatoria de acreditar los supuestos facticos y jurídicos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo de la demandante, pues se demostró que ella en el cargo de auxiliar de enfermería no garantizó un adecuado relacionamiento con los pacientes de la clínica y que debido a las agresiones presentadas se afecto el ambiente del servicio médico. Señala que la parte actora se equivoca al pretender dar aplicación a lo dispuesto en la sentencia C-593 de 2014, pues la misma solo tiene aplicación en el caso de imposición de sanciones disciplinarias y en el presente caso lo que se produjo fue un despido con justa causa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Hay lugar a declarar la nulidad del proceso disciplinario?, ii) ¿Hay lugar a ordenar el reintegro de la demandante, iii) ¿El despido realizado el 17 de octubre de 2018 fue realizado sin justa causa? y (iv) ¿Resultan procedentes los intereses moratorios contemplados en el art. 65 del CST?

Existencia del contrato de trabajo

No ha sido objeto de discusión en esta instancia la existencia de un contrato de trabajo a termino indefinido entres las aquí partes, el cual estuvo vigente entre el 18 de abril

de 2018 al 17 octubre de 2018, que el último salario percibido por la demandante fue de $1.350.200 y que el cargo desempeñado fue el de auxiliar de enfermería.

Nulidad del proceso disciplinario

Pretende la parte actora que se declare la nulidad del proceso disciplinario llevado a cabo el 19 de octubre de 2018 dado que la Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO no dio cumplió a lo establecido en la sentencia C-593-2014.

El artículo 56 del Reglamento Interno de Trabajo de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO establece que antes de aplicar cualquier sanción disciplinaria o despido por justa causa debe ser oído el trabajador inculpado, con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa; procedimiento que la pasiva debió acatar de manera previa a la terminación del contrato de la accionante (fls. 141 a 159).

En cumplimiento de dicho precepto, la demandada debía citar a la señora Karen Angelica Prieto Castañeda con la finalidad que rindiera descargos, citación que debía contener fecha, hora y lugar de realización de la diligencia, y a su vez se le debía indicar de manera clara los hechos o conductas que la motivan y la enumeración de las faltas presuntamente cometidas. También dispone que se le pondrán de presente al trabajador las pruebas en las que se basa Colsubisidio para la imputación con el fin de que el trabajador pueda hacer su derecho de defensa.

Las anteriores pautas fue observadas por la encartada, pues dentro del material probatorio arrimado al plenario se encuentra comunicación adiada 8 de octubre de 2018, que le fuera entregada a la trabajadora advirtiéndole la necesidad de iniciar proceso disciplinario debido a las eventuales transgresiones a las funciones y responsilidades asignadas al cargo de Auxiliar de enfermería; hechos que tuvieron lugar el 3 de octubre de 2018, en los que se vio involucrada en una riña con la madre de un paciente, presentándose agresiones físicas y verbales. A su vez, señaló la encartada en esta misiva que dicha situación pudo haber causado alteración del orden moral, disciplina general del trabajo y afectación al buen nombre de la empresa frente a sus afiliados. De igual forma, allí se advierte que la diligencia de descargos se llevará a cabo el 9 de octubre de 2018 a las 3:00 p.m. en las oficinas de la jefatura del servicio de enfermería.

También se debe destacar que, de acuerdo con lo consignado en el acta de descargos, a la señora Karen Angelica Prieto Castañeda se le dieron a conocer los hechos que originaron la apertura de la investigación disciplinaria, quien, a su vez, pudo controvertirlos, dar las explicaciones del caso y contó con la oportunidad de solicitar pruebas, tan es así que fueron incorporadas la historia clínica de la ARL, incapacidad médica, el informe pericial clínica forense y la denuncia formal. Frente a este tema de las pruebas, debe resaltarse que la carta de finiquito laboral hace alusión al incidente en que resultó involucrada la accionante y las causales que a juicio de la pasiva fueron trasgredidas por la trabajadora, pero no a testimonio alguno que sirviera de base a la decisión, pese a haberlos enunciado en el acta de descargos, motivo por el que se hace innecesario verificar si le fueron puestos de presente a la accionante.

De acuerdo con lo anterior, no se comparten las alegaciones formuladas por el apoderado de la parte demandante tanto en su libelo inaugural como en el recurso de apelación, relacionadas con la violación del derecho de defensa de la trabajadora, pues tal y como fue advertido precedentemente, a la demandante se le dio la oportunidad no solo de aportar pruebas, sino relatar lo ocurrido y efectuar las aclaraciones que

considerara pertinentes frente a los hechos y faltas endilgadas. Y es que, si bien la trabajadora fue citada a rendir descargos 22 horas después de ocurrido el impase, lo cierto es que el art 56 del reglamento interno de trabajo no contempla el tiempo en que debe ser citado el trabajador a esta diligencia, adicional a ello, se considera que el lapso de tiempo otorgado por la encartada es prudencial, razonable y de ningún modo conculca derechos fundamentales de la accionante.

También se hacen necesario desestimar el argumento del apelante según el cual, las preguntas 9, 10, 11, 13 y 14 del acta de descargos fueron capciosas y afirmativas, manifestación que no puede estar más alejada de la realidad, pues de su simple lectura no queda duda alguna que los cuestionamientos se encuentran dirigidos a acreditar o desvirtuar la comisión de una falta conforme los hechos endilgados, frente a los cuales la demandante en ejercicio del derecho de defensa tuvo la oportunidad de manifestar que no aceptaba y efectuar las aclaraciones que considerara necesarias.

Tampoco es cierto que al momento de desarrollarse la diligencia de descargos, la decisión de terminar el contrato de trabajo ya estaba determinada por parte de la demandada, pues nótese que, entre el 9 de octubre de 2018, fecha en que fueron rendidos los descargos y el 17 de octubre de 2018, data de terminación del vínculo, transcurrieron 8 días, tiempo razonable para efectuar un estudio o análisis de lo ocurrido, incluyendo las manifestaciones efectuadas en la diligencia de descargos por parte de la trabajadora.

El hecho que la demandada haya tomado la decisión de finalizar el contrato de trabajo de la señora Prieto Castañeda, no quiere decir que haya pasado por alto sus declaraciones y mucho menos que haya desechado las pruebas aportadas, sino que simplemente consideró que se encontraban acreditadas las faltas endilgadas y que las mismas revestían tal gravedad que resultaba imperante el finiquito del vínculo laboral, no obstante, ello no quiere decir que la terminación se torne justa, pues este tema en específico será abordado al momento de resolver la apelación formulada por el apoderado judicial de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO.

Tenemos entonces que las pesquisas adelantadas por la demandada no terminan con una sanción disciplinaria sino con la decisión de terminar el contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador aduciendo una justa causa. Así las cosas y en la medida que la Sala de Casación Laboral de la CSJ, de manera inveterada ha señalado que el despido no tiene carácter sancionatorio o disciplinario, como lo ha expuesto, entre otras, en las sentencias CSJ SL1524 -2014, CSJ SL 3691-2016, CSJ SL 1981-2019, CSJ SL 2351-2020 y más recientemente en la SL496-2021, mal podría darse aplicación a lo dispuesto en la sentencia C-593-2014 frente a esta toma de decisiones, pues lo allí decidido tiene incidencia frente a lo regulado en el artículo 115 del CST, esto es la aplicación de sanciones disciplinarias, que dista totalmente, como ya se advirtió, de los efectos de un despido para el cual la accionada debía sujetarse al procedimiento descrito en el Reglamento Interno de Trabajo, el cual fue completamente acatado como se expuso precedentemente, sin que consagre el trámite del recurso de apelación.

Así las cosas y por las actuaciones surtidas, para la demandante no estaba habilitada la posibilidad de uso del principio de la doble instancia, pues se itera, la Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO, no impuso a la demandante una sanción disciplinaria.

Por lo anterior, la sentencia apelada deberá ser confirmada en lo que se refiere a este punto.

Justeza de la terminación del contrato de trabajo

El parágrafo del art. 62 del CST establece que la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación, y que posteriormente no puede alegar válidamente causales o motivos distintos. Norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C -594 de 1997 bajo el entendido que, no basta con invocar genéricamente una de las causales, sino que es necesario precisar los hechos específicos que fundamentan tal determinación.

Tal y como fue advertido, la accionada decidió terminar unilateralmente el contrato de trabajo de la señora Karen Angelica Prieto Castañeda, mediante misiva fechada 17 de octubre de 2018 (fls 33 a 34 y 130 a 131) al considerar que la trabajadora *"injustificadamente trasgredió sus obligaciones y prohibiciones laborales, por incurrir en grave negligencia e indisciplina en el desempeño de su cargo, tras no haber garantizado un adecuado relacionamiento con los diferentes usuarios de la clínica, pues el 3 de octubre 2018, género que una madre de un paciente menor le agrediera física y verbalmente por situaciones ajenas a esta corporación. Pero en todo caso, ocasionar un bochornoso incidente que afectó negativamente la imagen corporativa, conforme al proceso disciplinario*", ello con fundamento en lo dispuesto en los numerales 1, 4, 5, y 6 del art. 58, numerales 1 y 8 del art. 60 y numerales 4 a 6 del literal a) del art. 62 del CST, así como los numerales 1 a 3, 5 a 7, 11, 22 a 24, 33 a 35, 37, 39 y 40 del art. 48, numerales 1, 12, 13, 17 y 50 del art. 50, numerales 1, 10, 14, 17 a 20, 26, 41, 53, 58, del art. 55 del Reglamento Interno de Trabajo.

Conforme a lo anterior, la justa causa alegada por la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo, corresponde a *"todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas", "Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores" y "Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos".*

De acuerdo con lo anterior, como primera medida se debe determinar si los hechos endilgados a la demandante configuran una justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo. Para ello encontramos que fue escuchado el testimonio de la señora Ilen Maritza Bohórquez Solarte, quien señaló haber sido compañera de trabajo de la demandante y tener conocimiento de los hechos acaecidos el 3 de octubre de 2018; para el efecto señala que la madre de un paciente llegó preguntando por la trabajadora y que pasado un tiempo advirtió que estaba agrediendo a la accionante física y verbalmente, incidente por el que acudió la policía, vigilancia y personal de la clínica. Afirma que Karen Angelica Prieto Castañeda nunca respondió a las agresiones.

Fue escuchada también la declaración Óscar Mauricio Mora, quien afirma ser trabajador desde hace 7 años en el área de seguridad de COLSUBSIDIO. Respecto de los hechos, aduce tener conocimiento que el día 3 de octubre del año 2018, aproximadamente entre las 16 horas y 16: 30 horas recibió una comunicación de uno de los vigilantes, en donde se le indica que en el piso cuarto se estaban prestando una agresiones por parte de la mamá de un paciente hacia una de las auxiliares de enfermería; al llegar allí observó que Karen Angelica Prieto Castañeda había sido agredida física y verbalmente; que dada la situación presentada fue necesario llamar al cuadrante de la

policía y se generó gran alboroto por parte de empleados y usuarios de la clínica. Afirma que la demandante nunca respondió a las agresiones que le habían propinadas y que la agresora justificó su actuar porque la demandante sostenía relación sentimental con su esposo.

De la declaración del testigo Richard Nelson Dimas Mendoza, se advierte que fungió como jefe inmediato de la demandante para el año 2018 y que el día 3 de octubre de 2018, recibió el llamado telefónico de Karen indicando que una usuaria la estaba agrediendo. Al llegar al sitio donde ella se encontraba observó que Karen Angelica Prieto Castañeda tenía lesiones en la cara y la usuaria estaba vociferando y tratándola mal. Debido a ello, informó lo ocurrido inmediatamente a la jefe del departamento de enfermería, quien indicó que se debía sacar a Karen del servicio y que, por los hechos, el escándalo y la agresión se tenía que llamar a la policía para apaciguar el estado de la usuaria. Señala que Karen nunca respondió a las agresiones.

Así mismo, se hace notar que estos testigos coinciden en señalar que la agresora le reprochaba a la demandante la relación sentimental que mantenía con su esposo.

Olga Lucia Barrera Morales por su parte señaló que para la fecha que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo de la demandante, se desempeñaba como jefe del servicio de enfermería, que al momento en que se presentaron las agresiones no se encontraba en las instalaciones, pero manifiesta que recibió una llamada del supervisor de enfermería quien le manifestó que Karen Angelica Prieto Castañeda estaba siendo agredida por una usuaria, por lo que dispuso que la demandante fuera retirada en ese momento del servicio para evitar más confrontaciones. Que, ante lo sucedido, se le puso en conocimiento del departamento de jurídica quienes dieron los lineamientos para realizar el proceso disciplinario, por lo que como jefe inmediato procedió a hacer la notificación de la citación a descargos.

Del acta de descargos no se advierte que la demandante haya aceptado alguna de las faltas endilgadas, y la narración fáctica allí consignada se acompasa con lo manifestado al momento de absolver el interrogatorio y lo consignado en la denuncia obrante a folio 23 a 28. Entonces tenemos que tal y como lo han referido los testigos, Karen Angelica Prieto Castañeda fue objeto de agresiones físicas y verbales por parte de una usuaria, hecho que le generó una incapacidad de 5 días, de acuerdo con la historia clínica expedida por la Clínica Palermo, sin embargo, el informe pericial de medicina legal da cuenta de una incapacidad por espacio de 7 días al encontrar en cara, cabeza y cuello eritema en mejilla derecha y edema leve, equimosis leve reciente en cara interna tercio medial y externa tercio, distal de muslo izquierdo, y cara interna proximal, de muslo derecho escoriación leve brazo derecho equimosis leve cara externa distal de muslo derecho.

Del caudal probatorio, se tiene entonces que, en efecto el día 3 de octubre de 2018 dentro de las instalaciones de la clínica Infantil de Colsubsidio, se presentó un incidente en donde estuvo involucrada la demandante, no obstante, tal y como lo señaló el juzgador de instancia, las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo no fueron demostradas, pues nótese que la demandada teniendo la carga demostrativa, no logró acreditar que las causas del incidente hayan sido provocadas por la señora Karen Angelica Prieto Castañeda y mucho menos que las agresiones hubieran surgido con ocasión del ejercicio de la actividad laboral.

Ahora, resulta risible creer que la demandante dio lugar a una justa causa tras *"no haber garantizado un adecuado relacionamiento con los diferentes usuarios",* pues en

concepto de la demandada el hecho que se haya trasladado una discusión a otro punto y que la agresora conociera el nombre de la aquí demandante, no es óbice para creer que Karen Angelica Prieto Castañeda tratara de encubrir alguna situación particular o irregular y mucho menos que ella haya dado lugar a que se presentara el incidente, pues nótese en primer lugar, que tal y como lo manifestaron los declarantes, la demandante nunca respondió a las agresiones propinadas por la mamá del paciente y tampoco se encuentra demostrado que el impase haya sido con ocasión a situaciones personales a la demandante.

Si bien la testigo Ilen Maritza Bohórquez Solarte e inclusive la misma demandante, señalaron que dadas las reacciones airadas de la madre del paciente fue llevada la actora a las escaleras del piso cuarto en donde fueron presentadas las agresiones, no por ello se puede concluir que la demandante haya dado un mal manejo a la situación, pues como lo manifestó el testigo Richard Nelson Dimas Mendoza, frente a ese tipo de situaciones no existe un protocolo en particular, sin embargo, refieren que lo que se debía hacer era llamar a jefe de turno, lo que en efecto ocurrió, como lo narraron los deponentes Ilen Maritza y Richard Dimas, quienes indicaron que ante lo sucedido fue la misma accionante la que procedió a llamar inmediatamente a su jefe, que en ese momento era el mismo testigo Richar Dimas.

Por otro lado, no se puede sostener que dicha situación no se hubiere presentado de haber sido atendida dentro del mismo pasillo del piso cuarto, en lugar de las escaleras, que es lo que reprocha de la encartada en su apelación, pues nótese que la testigo Ilen Maritza Bohórquez Solarte señala que cuando la agresora llegó preguntando por la demandante se encontraba de mal genio y reflejaba reacciones airadas, lo que a juicio de esta sala, demuestra que la madre del paciente iba con la firme intención de proferir improperios y causar daño en la humanidad de la demandante, independientemente del lugar en donde se haya realizado el altercado, y si bien, de haberse mantenido la demandante en el mismo punto donde fue requerida por la agresora, la situación hubiese sido atendida con inmediatez, ello no garantizaba que el resultado hubiese sido distinto.

Es lógico pensar que hechos como los acaecidos puedan ser catalogados como bochornosos y que generen una imagen negativa de la corporación frente a sus afiliados, pese a ello, los mismos no pueden ser imputados de ninguna manera a la Karen Angelica Prieto Castañeda, como quiera que la Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO no ha logró demostrar que las agresiones de las que fue víctima surgieron con ocasión de la labor realizada o por una situación personal que incidió en la imagen corporativa de la entidad, por tanto, es diáfano que el despido se torna injusto, por lo que deberá confirmarse la sentencia apelada.

Indemnización moratoria

Solicita el recurrente que se condene a la demanda al pago de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST., sobre la indemnización por despido sin justa causa.

Para determinar si hay lugar a condenar al pago de la indemnización moratoria, cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

Así las cosas, sea lo primero destacar que el juez de conocimiento no encontró acreditado que al finiquito de la relación laboral se encontraran acreencias pendientes por sufragar a cargo de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar COLSUBSIDIO.

Ahora bien, la parte actora pretende derivar de la indemnización por despido sin justa causa, los efectos contenidos en el art. 65 del CST, con la finalidad que el empleador sea condenado al pago de un día de salario por cada día de retardo. A pesar de ello, se le hace saber al apelante que en esencia la indemnización derivada del art. 64 del CST no constituye una prestación social, ni tiene la connotación de salario y al ser ello así, resulta inaplicable e inoperante impartir condena en la forma deprecada por el apelante.

De acuerdo con lo anterior, le asiste razón al juzgado para negar dicho pedimento, por tal razón, la decisión será confirmada y de desestimaran los argumentos de apelación del demandante.

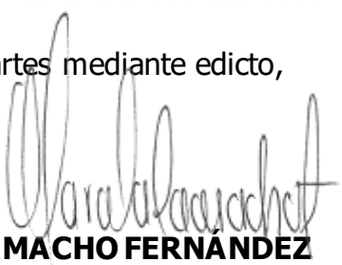
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá.

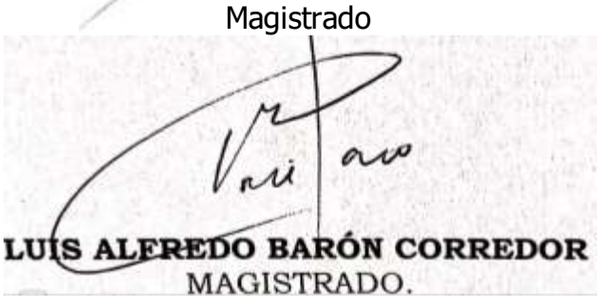
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demanda. Se fijan como agencias en derecho la suma de $878.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUIS ORLANDO RODRIGUEZ BARRERA***
DEMANDADO:	***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y NUEVA EPS S.A.***
RADICACIÓN:	***1100131050- 17-2018-00318-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADOS***
TEMA:	***PAGO SUBSIDIO DE INCAPACIDAD.***

Bogotá D.C, treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO:

Teniendo en cuenta que fue allegado poder, se reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz identificada con C.C. 31.486.436 y T.P. 303.924 del CSJ, como apoderada de la parte demandada COLPENSIONES.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LUIS ORLANDO RODRIGUEZ BARRERA instauró demanda ordinaria contra la NUEVA EPS S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y con el fin de que se declare que la primera de ellas es responsable del pago de las incapacidades médicas que le otorgaron con ocasión de su enfermedad de origen común, desde el 30 de marzo de 2015 hasta el 18 de junio de 2015, del 19 de marzo de 2016 hasta el 30 de abril de 2017 y del 28 de marzo de 2018 hasta el 15 de septiembre de 2018 y que Colpensiones es responsable por la causadas desde 19 de junio del 2015 hasta el 18 de marzo de 2016. Como consecuencia de lo anterior, se disponga su pago junto con los intereses moratorios y las costas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 11 de enero de 2011 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Adecco Servicios de Colombia S.A., desempeñándose como trabajador en misión en la empresa Litio S.A.S. empresa donde ejercía la función de operario; que el 18 de junio de 2011 el

demandante sufrió un accidente de origen común donde se le vieron comprometidos sus miembros superiores, causándoles el padecimiento de artrosis y complicaciones del manguito rotador, lo que le generó problemas para el cumplimiento de sus labores; el 8 de julio de 2014 la junta quirúrgica de remplazos articulares – servicios de ortopedia de la Clínica fundadores emitió concepto en donde se estableció que el señor LUIS ORLANDO RODRIGUEZ BARRERA padecía de artrosis primaria de hombro derecho por lo que requería remplazo total de hombro, siendo el 8 de septiembre de 2014 que se sometió a cirugía de trasplante total; a raíz de lo anterior, la NUEVA EPS S.A. comenzó a expedirle incapacidades médicas desde el 8 de septiembre de 2014 hasta el 26 de febrero de 2018; que el 10 de marzo de 2015 la empresa Adecco Servicios de Colombia S.A. envió carta al señor LUIS ORLANDO RODRIGUEZ BARRERA en donde se le informa que el 23 de marzo de 2015 acumularía 180 días de incapacidad continua y que a partir del día siguiente a esa fecha, la prestación económica del pago de las incapacidades estaría a cargo de COLPENSIONES; que el 18 de junio de 2015 se expidió concepto desfavorable de rehabilitación; que la NUEVA EPS S.A. no ha realizado el pago de las incapacidades generadas desde el 30 de marzo de 2015 hasta el 18 de junio de 2015; que el 20 de septiembre de 2015 Colpensiones emitió calificación de pérdida de capacidad laboral en la cual se le determinó un porcentaje del 30%; que el 6 de enero del 2016 solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de incapacidades; que el día 6 de febrero de 2016 se solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de sus incapacidades médicas; que el 11 de abril del 2016 la Junta Regional de Calificación de Invalidez le determinó una pérdida de capacidad laboral del 30,21%; que COLPENSIONES el día 28 de julio de 2016 dio respuesta a la solicitud estableciendo que debido a que el concepto de rehabilitación emitido por la NUEVA EPS S.A. fue desfavorable, no era posible el reconocimiento del subsidio económico de incapacidades; que el 20 de octubre de 2016 en la Junta Nacional de Calificación determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 32,61%; que instauró acción de tutela en el mes de abril del 2017 la cual fue resuelta el 2 de mayo de ese mismo año por el Juzgado 10º Penal del Circuito Con Función de Conocimiento en donde se ordenó a la Nueva EPS efectuar el pago de incapacidades que le fuesen otorgadas a partir de la fecha de emisión de la decisión, sentencia que fue confirmada en segunda instancia, que a la fecha esa entidad no ha pagado las incapacidades del 30 de marzo al 18 de junio de 2015 ni del 19 de marzo de 2016 hasta el 30 de abril de 2017 y que COLPENSIONES tampoco ha asumido el pago de las incapacidades generadas del 19 de junio de 2015 al 18 de marzo del 2016; que retomó labores en Adecco Servicios de Colombia S.A. el 20 de septiembre de 2018.

2. Contestación de NUEVA EPS S.A. Conforme lo dispuesto en auto del 21 de febrero de 2019 se tuvo por no constada la demanda por parte esta entidad. Respecto a la reforma de la demandada, en su contestación se opone a la totalidad de las pretensiones, argumentando que el demandante ha cometido un error al exigir el pago de las incapacidades otorgadas desde el 27 de marzo de 2018, pues la entidad no le esta negando el derecho a ellas, el usuario debe dirigirse al centro de atención al afiliado y solicitar en OAA el formato de solicitud de incapacidades superior a 540 días, adjuntando copia del fallo. No fueron propuestas excepciones de mérito. (fls. 170 a 173)

3. Contestación de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, que el concepto emitido por la EPS fue desfavorable, por lo tanto, conforme lo establecido en el art. 142 del Decreto Ley 19 de 2021, solo en caso de

emitir concepto favorable es el fondo de pensiones el encargado de asumir las incapacidades hasta por 360 días más, completando así un total de 540 días de incapacidad. Reitera que, en caso de emitirse un concepto desfavorable, se deberá adelantar los trámites pertinentes para evaluar si la persona tiene condición de invalidez, es decir un porcentaje de perdida de capacidad laboral igual o superior al 50%. Que, en el caso concreto, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitió un dictamen de pérdida de capacidad laboral, mediante el cual se determinó un 32.61%, de tal manera que tal y como consta en el art. 67 de la ley 1753 de 2015, dichas incapacidades deberían ser asumidas por la EPS. Propuso como excepciones de fondo la de falta de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación, o reajusta alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradores de seguridad social del orden público e innominada (fls. 96 a 110).

4. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 61); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de marzo de 2020, mediante la cual el Juzgado declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por Colpensiones y condenó a esta entidad a reconocer y pagar al demandante, señor Luis Orlando Rodríguez Barrera, la suma de $7.720.583 por concepto de subsidios temporales por incapacidad causados entre el 30 de marzo de 2015 y al 18 de marzo de 2016, a su vez, condenó a la Nueva EPS a reconocer y pagar al demandante, la suma de $9.433.343 por subsidios temporales por incapacidad causados entre el 19 de marzo de 2016 y el 1 de mayo de 2017.

Su decisión se basó en que no existía duda de la condición de afiliado del demandante al régimen de seguridad social en salud y al régimen de pensiones a cargo de las entidades Nueva EPS como entidad promotora de salud y a Colpensiones como entidad administradora de fondos de pensiones y que patologías que sufre el demandante fueron calificados como de origen común. Que fue ampliamente demostrado que al actor le han sido expedidas incapacidades sucesivas de acuerdo, entre otras, con las documentales de folios 26 a 29, 40 a 44 y 125 a 132 y que obra un primer concepto desfavorable de rehabilitación de la Nueva EPS emitido el 18 de junio de 2015; que de esta forma la Nueva EPS cumplió con la obligación legal de emitir el concepto de rehabilitación como resultado desfavorable para el afiliado y en esa medida le corresponde a Colpensiones, conforme lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 asumir el pago de las incapacidades generadas a partir del día 30 de marzo de 2015 (día 181) hasta el 18 de marzo de 2016 (día 540 de incapacidad) sin importar si el concepto de rehabilitación es desfavorable o no.

A su vez, señaló que los subsidios temporales causados a partir del 2 de mayo de 2017 y hasta el 15 de septiembre de 2018, fecha en la cual el afiliado presentó su demanda, han venido siendo asumidos por parte de esa entidad como consecuencia del cumplimiento del fallo de tutela que ordenó el pago de incapacidades a cargo de la Nueva EPS a partir del 2 de mayo de 2017.

Finalmente, señala que se condenará a las demandadas para que los valores impuestos por incapacidades sean pagados junto con los intereses moratorios los

cuales corresponderán a la misma tasa de interés por mora establecido por la DIAN de acuerdo a lo contemplado en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 cuyo porcentaje deberá ser el vigente, al momento en que se efectúe el pago correspondiente.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, las accionadas interpusieron recurso de apelación, así**:**

6.1. Demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que la Nueva EPS emitió concepto desfavorable de rehabilitación de invalidez del demandante y conforme lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Ley 19 del 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, esta obligación recae en cabeza de COLPENSIONES siempre y cuando este concepto de rehabilitación sea favorable para la parte afectada, por lo tanto, la entidad no cometió ningún un error al negar el pago de las incapacidades. A su vez, señala que del dictamen 79250456-1902 del 28 de julio del 2016 proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, se hace evidente que el demandante tampoco reúne los presupuestos para un reconocimiento pensional, en atención a su estado de salud.

6.2. Demandada NUEVA EPS S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que la entidad emitió concepto en tiempo, según lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, esto es que el concepto fue emitido antes de cumplirse el día 120 de capacidad temporal y fue enviado a la administradora de fondo de pensiones donde se encuentra afiliado el trabajador antes de cumplirse el día 150; de acuerdo con ello y en los términos del Decreto 133 del 2018, cuando el concepto sea desfavorable quien asume los auxilios de incapacidad es la AFP.

7. Alegatos. Fueron presentados alegados por parte del demandante y Colpensiones así**:**

7.1 Alegatos presentados por la parte demandante: Señala que es responsabilidad de Colpensiones el pago de las incapacidades generadas por accidente de origen común, pues el concepto de rehabilitación fue emitido en tiempo por parte de la Nueva EPS, resultando a cargo de esta última entidad el pago de las incapacidades a partir del día 540. En vista que las demandadas no cumplieron con el pago de las prestaciones que se encontraban a su cargo, se deben pagar los intereses moratorios en los términos del art 24 del Decreto 4023 de 2011.

7.2. Alegatos presentados por la parte demandada Colpensiones: Señalo que de acuerdo con el expediente pensional del demandante y el dictamen de invalidez expedido por la Junta Regional de Calificación de invalidez y teniendo en cuenta lo establecido en el art. 41 de la ley 100 de 1993, al existir concepto desfavorable de rehabilitación de la invalidez emitido por el medico de la Nueva EPS, no es procedente el pago de las incapacidades a favor del demandante por los periodos solicitados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de

inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿Las incapacidades debidas al actor entre el 30 de marzo de 2015 y el 18 de marzo de 2016, deben ser asumidas por Colpensiones?, (ii) ¿Es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios reclamados en la demanda a cargo de Colpensiones? y (iii) ¿La NUEVA EPS S.A. actuó dentro de los límites establecidos en el art. 142 del Decreto 019 de 2012?

De las incapacidades reconocidas por el Juzgado

Sobre el problema jurídico relacionado con la obligación que le asiste a Colpensiones frente al reconocimiento y pago de las incapacidades ordenadas al actor entre el 30 de marzo de 2015 y el 18 de marzo de 2016, ha de rememorar la Sala que el certificado de incapacidad temporal es una prestación que resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir, que surge de *"un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica."*[1] En la emisión de este último *"el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada con el fin de proteger los derechos fundamentales a la salud y la vida del paciente."*[2]

Ahora bien, una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas, deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Así, el lapso que existe entre el día 1 y el día 2, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 generan un auxilio económico a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto-Ley 19 de 2012.

Ahora bien, tal y como lo ha definido la Corte Constitucional en la sentencia T-246 de 2018, en cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, dicha Corporación estableció de manera enfática que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, el cual conforme al inciso 1º del art. 23 del Decreto 2463 de 2001, se define como una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral con el cual se asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional,

[1] Ministerio de la Protección Social. Concepto 295689. 04-10-2010. Asunto: Radicado 264518. En cita en: CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.
[2] CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.

En el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación –sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le corresponde a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días, debiendo asumir desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Igualmente, sostiene la Alta Corporación en la sentencia ya citada, que conforme a la norma en mención, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó y pagó la EPS, precisando que en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador.

Por el contrario, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la AFP deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable, debiendo asumir los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, siempre que cuente con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

Finalmente, cuando la incapacidad es superior a 540 días el Decreto 1333 de 2018, *"Por medio del cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016",* en su artículo 2.2.3.3.1. estableció que las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a los 540 días en los siguientes casos:

1.- Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

2.- Cuando el paciente no haya tenido recuperación en el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

3.- Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

Una vez precisado lo anterior, y descendiendo al caso objeto de estudio, constata la Sala que en este asunto se encuentra probado que al señor LUIS ORLANDO RODRIGUEZ BARRERA, le fueron ordenadas incapacidades por parte de la NUEVA EPS S.A., las cuales se extendieron a partir del 8 de septiembre de 2014 y hasta el 15 de septiembre de 2018, como se constata de los certificados expedidos por la entidad en mención (fols. 26 a 29, 40 a 44 y 124 a 131).

Así las cosas, advierte la sala de decisión que contrario a lo sostenido por el Juez de instancia, los 181 días de incapacidad se inician el día 24 de marzo de 2015 y no el

30 de marzo de la misma anualidad, ahora bien, conforme se advierte de la documental obrante a folios 12 y 13 del plenario, la NUEVA EPS S.A., emitió concepto desfavorable de rehabilitación tan solo hasta el día el 30 de diciembre de 2016 cuando debió hacerlo antes del 18 de enero de 2015 (120 días de incapacidad) y comunicarlo antes del día 17 de febrero de 2015 (día 150 de incapacidad), es decir que desatendió lo contemplado en el art. 142 del Decreto Ley 019 de 2012, así las cosas es claro que COLPENSIONES no es el obligado al pago de las incapacidades causadas desde el día 181, pues conforme la norma en cita y ante la omisión de la NUEVA EPS S.A. en emitir el concepto en oportunidad, dicha entidad tiene a su cargo el pago de las incapacidades generadas desde el 10 de septiembre de 2014 (día 2 de incapacidad) y en adelante, pues el concepto desfavorable de rehabilitación (12 a 13) fue emitido hasta el 30 de diciembre de 2016, data para la cual se había superado con creces los 540 días de incapacidad del actor, aunado lo anterior, no obra prueba que haga constar que dicho concepto haya sido remitido a COLPENSIONES.

De acuerdo con lo anterior, es totalmente diáfano que COLPENSIONES no se encontraba obligado a satisfacer los auxilios de incapacidad generados con ocasión del estado de salud del actor entre el día 181 y 540 de incapacidad y por sustracción de materia no hay lugar a la procedencia de intereses moratorios a su cargo, por tal razón se deberá revocar parcialmente la consultada, en lo que hace referencia a la absolución de la entidad pública dentro del grado jurisdiccional de consulta.

De la apelación de la Nueva EPS S.A.

Sostuvo la recurrente que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, la entidad emitió concepto de antes de cumplirse el día 120 de incapacidad y fue remitido a la administradora de fondo de pensiones donde se encuentra afiliado el trabajador antes de cumplirse el día 150, por lo que es la AFP quien debe asumir los auxilios de incapacidad.

Con extrañeza se observan los argumentos planteados por el recurrente, pues la sentencia de primer grado no dice cosa distinta que lo que plantea en esta oportunidad el apoderado de la NUEVA EPS S.A., no obstante, de lo advertido en la presente providencia resulta claro que no son ciertas las afirmaciones del apelante, pues el concepto desfavorable de rehabilitación no fue emitido antes del día 120 ni tampoco fue puesto en conocimiento de COLPENSIONES antes de los 150 días de incapacidad, por tanto la obligación respecto del pago del subsidio temporal por incapacidad recae únicamente en la Nueva EPS S.A.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente de la sentencia proferida el 4 de marzo de 2020, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la NUEVA EPS S.A. a pagar el subsidio temporal de incapacidad a favor del señor LUIS ORLANDO RODRIGUEZ BARRERA, causado durante el periodo comprendido entre el 24 de marzo de 2015 y el 30 de abril de 2017**,** conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral 4 de la sentencia fechada 4 de marzo de 2020, emitida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, quedando a cargo exclusivo de la NUEVA EPS los intereses moratorios que deben ser pagados al accionante.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada nueva EPS. En esta instancia se fijan como agencias en derecho la suma de $878.000 las cuales serán liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***NUBIA ELVIRA BAUTISTA RODRIGUEZ***
DEMANDADO: ***COLFONDOS S.A.***
RADICACIÓN: ***1100131050- 06-2018-00507-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA: ***PENSION SOBREVIVIENTE***

Bogotá D.C, treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO:

Atendiendo la documental aportada a través de correo electrónico el 25 de febrero de 2021, se reconoce personeria adjetiva a la abogada Jeimy Carolina Buitrago Peralta, identificada con c.c. No. 53.140.467 y t.p. 199.923 del CSJ., conforme certificado de existencia y representación legal allegado.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. NUBIA ELVIRA BAUTISTA RODRIGUEZ instauró demanda ordinaria contra COLFONDOS S.A. con el fin de que se condene al reconocimiento a la pensión por sobrevivencia de la causante Johana Alexandra Hoyos Bautista, conforme lo establecido en el artículo 47 y 48 de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, a partir del 31 de marzo de 2017, junto con el pago de intereses moratorios, e indexación, así como las agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que tuvo por hija a Johana Alexandra Hoyos Bautista quien falleció el 31 de marzo de 2017; que al momento de su deceso se encontraba afiliada a COLFONDOS S.A.; que la señora Johana Alexandra Hoyos Bautista logró cotizar más de 50 semanas en los últimos 3 años antes de su fallecimiento; que registraba como beneficiaria de su hija; que Johana Alexandra Hoyos Bautista no contrajo matrimonio ni constituyó sociedad de hecho con nadie, tampoco dejó hijos o cónyuge que dependieran de ella; que recibía ayuda de su hija para su manutención, que solicitó reconocimiento de la pensión; que COLFONDOS S.A. contrató póliza previsional con la compañía aseguradora Seguros Bolívar S.A. con el objeto de asegurar la cobertura del pago de las sumas adicionales requeridas para completar el

capital necesario para financiar las pensión de sobreviviente; que la demandada le comunicó que la petición sería remitida a Seguros Bolívar para finalizar el trámite y analizar las solicitud; Seguros Bolívar mediante comunicación del 13 de junio de 2017 le manifiesta que Kronos Investigación y Consulta Ltda. es la empresa encargada de validar los datos suministrados con el fin de analizar y definir la solicitud de reconocimiento pensional; que Kronos Investigación y Consulta Ltda. la indujo en error a la hora de diligenciar los formularios que posteriormente fueron presentados ante notaria; que debido a ello le negaron el reconocimiento de la pensión, que dentro de la investigación de Kronos Investigación y Consulta Ltda. se presentan vicios de nulidad por la indebida orientación y coacción al momento de solicitar la autenticación de la información en la notaria a sabiendas que la información estaba errada; que el 27 de abril de 2018 a través de apoderado se solicitó reconocimiento de la pensión, sin embargo, la entidad guardo silencio.

2. Contestación de COLFONDOS S.A. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que no le asiste derecho a la demandante a percibir pensión de sobrevivencia por el fallecimiento de su hija, puesto que no hay dependencia económica de su hija fallecida, como quiera que conforme la investigación adelantada por la aseguradora previsional, más la información recopilada, se evidenció que la señora NUBIA ELVIRA BAUTISTA RODRIGUEZ cuenta con ingresos propios, además cuenta con la ayuda de los gastos del hogar que le suministran sus demás hijos, que le generan los ingresos requeridos para su subsistencia. Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, pago, compensación, prescripción, petición antes de tiempo, imposibilidad de imponer pago de intereses moratorios, imposibilidad de imponer pago de indexación y demás condenas accesorias; falta de título y causa en el actor e innominada o genérica. (fls. 56 a 65).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de enero de 2021, mediante la cual el Juzgado absolvió a COLFONDOS S.A. de las pretensiones de la demanda (fls. 106 a 107). Su decisión se basó en que no se probó la subordinación económica de la señora Nubia Elvira Bautista respecto de su hija, pues si bien los testigos Janeth Santana Parada y Nubia Yolima Cucalón Pedraza afirmaron que la causante contribuyó con un aporte mensual importante a su núcleo familiar, señala que a ellos no les consta directamente estos hechos, pues tienen conocimiento de los mismos por la causante. Por otro lado, señala que de la documental emitida por Seguros Bolívar, se constató que a la muerte de la causante la accionante trabajaba en Manufacturas Elliot como operaria, devengando un salario mensual de $1.147.160 y que los gastos del grupo familiar eran asumidos por la accionante Nubia Elvira Bautista Rodríguez, Jenny Carolina Hoyos Bautista (hermana de la causante) y por la asegurada fallecida, que gran porcentaje de esos gastos eran solventados para costear los gastos de estudios universitarios de José Hoyos Bautista (hermano de la causante) y que la asegurada fallecida a la EPS Compensar, no reportó beneficiario alguno, mientras que la demandante, señora Nubia Elvira Bautista Rodríguez, registró afiliación a la EPS Compensar en calidad de cotizante principal.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la prueba testimonial y el interrogatorio de parte, si bien demuestran que la señora Nubia Elvira Bautista, recibe algún tipo de ingreso por parte de actividades que ella ejerciera, conforme la jurisprudencia la dependencia puede ser total o parcial, por lo que no se puede establecer que conforme a dichos ingresos se pueda sufragar los gastos de su diario vivir, es claro que la ayuda que le brindaba la señorita Johanna Alexandra Hoyos

Bautista a la demandante de alguna manera sustentaba las necesidades básicas, permitiéndole llevar una mejor calidad de vida, por lo tanto resulta beneficiaria del reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

5. Alegatos por parte de Colfondos S.A.: Señala que no interpuso recurso alguno contra la sentencia proferida por el a quo, por ende, solicita que se confirme la totalidad la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Dentro del presente juicio se encuentra demostrada la dependencia económica de la demandante respecto de su hija Johana Alexandra Hoyos Bautista? y (ii) ¿Le asiste derecho a la señora Eloisa Marin Prieto al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión del deceso de su hija?

Fallecimiento/Densidad de semanas

En el presente caso, no está en discusión que la señora Johana Alexandra Hoyos Bautista falleció el 31 de marzo de 2017, como da cuenta el registro civil de defunción visto a folio 22 del plenario y que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues del reporte de semanas cotizadas en pensiones se tiene que dentro de los 3 años anteriores al deceso cotizó 140.99 semanas (fols. 93 a 95), temas que no fueron objeto de recurso de apelación.

Normatividad aplicable

Tampoco está en controversia que la normatividad aplicable para el presente caso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, atendiendo la fecha de fallecimiento de Johana Alexandra Hoyos Bautista.

Parentesco

Igualmente, no media controversia en que la demandante NUBIA ELVIRA BAUTISTA RODRIGUEZ es la progenitora de la causante, conforme se extrae del registro civil de nacimiento visto a folio 21.

Dependencia económica

Para resolver el problema jurídico relacionado con el derecho que le asiste a la demandante, debemos remitirnos al literal d) del art. 47 de la L. 100/93, modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003, el cual señala que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes ***los padres, sí dependían económicamente del causante.***

Respecto de la norma en comento ha de rememorar la Sala que la Corte Constitucional en sentencia **C-111 de 2006**, declaró **inexequible** la frase de la norma en mención que exigía la demostración por parte de los padres de una **dependencia económica *"total y absoluta",*** al considerar que dicho requerimiento se aparta de los criterios de necesidad y de salvaguarda al mínimo existencial como condiciones reales que

sirven de fundamento para legitimar el cobro de la pensión de sobrevivientes, en tanto que la norma se limita a prohibir de manera indiscriminada su reclamación, cuando se obtienen por los padres cualquier tipo de ingresos distintos a los que surgen de dicha relación prestacional, sin tener en cuenta la suficiencia o no de los mismos para asegurar una vida en condiciones dignas.

Por tanto, la Alta Corporación precisó que el juzgador debe comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento del fallecimiento su hijo, siendo innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.

Frente al tema, igualmente la CSJ entre otras en la sentencia **SL 1310-2019** ha señalado que la misma **no tiene que ser total y absoluta**, pues los padres pueden recibir ingresos de su propio trabajo, y precisó en la sentencia **SL 1219-2019** que, no cualquier ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobreviviente, sino aquella que tiene la connotación de ser **relevante y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia**, teniendo en cuenta que la finalidad prevista por el legislador para la pensión de sobrevivientes, es la de servir de amparo a quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

Conforme a lo anterior, tenemos que se practicó interrogatorio de parte a la demandante, quien en esa oportunidad señaló que Johana Alexandra Hoyos Bautista vivía junto a ella y sus 2 hermanos bajo el mismo techo en el barrio Suba – Rincon, indicó también la señora Bautista que sufragaba los estudios de sus hijos Stiven y Jenny; que al fallecimiento de su hija trabajaba como operaria en Manufacturas Elliot y devengaba un salario mínimo. Señala que los gastos de arriendo, mercado y algunas veces los servicios eran sufragados por la causante, a su vez, manifiesta que Johana Alexandra Hoyos Bautista les colaboraba a sus hermanos con sus gastos y los buses de la universidad.

Fue escuchada la declaración de la testigo Janeth Santana Parada, quien adujo haber sido amiga de la causante por más de 11 años y afirma constarle que Johana Alexandra Hoyos Bautista vivía con su mamá y con sus dos hermanos Jenny y Stiven. Manifestó que la causante ayudaba con los gastos del hogar, era la encargada de hacer el mercado y contribuía con el pago del arriendo. Señala la deponente que estos hechos son de su conocimiento porque en vida Johana Alexandra Hoyos Bautista le contó.

A su vez, fue escuchada la declaración de Nubia Yolima Cucalón Pedraza sostuvo que fue amiga de la causante, que estudiaron juntas en primaria y en bachillerato, también refiere que al momento de su fallecimiento convivía con su mamá y sus dos hermanos de nombres Stiven y Jenny, que ellos dos eran estudiantes y estos gastos de educación eran compartidos entre Johana Alexandra Hoyos Bautista y Nubia Elvira Bautista Rodríguez. Afirmó que el arriendo y gastos de alimentación del hogar eran sufragados por la causante y que ella hacia una importante la contribución financiera porque el salario de la señora Nubia no alcanzaba a cubrir los gastos normales del núcleo familiar y los de sus dos hermanos. Indica que tiene conocimiento de estos hechos porque cuando se reunían ella le contaba.

De acuerdo con los anterior, para esta colegiatura no se encuentra acreditada la dependencia económica predicada en el libelo genitor, tal y como lo advirtió la juez de instancia, pues, las declaraciones de Janeth Santana Parada y Nubia Yolima Cucalón Pedraza no ofrecen plena credibilidad, pues es claro y así lo sostuvieron las deponentes, que tienen conocimiento de los hechos narrados únicamente porque la causante les comentó, sin embargo, las circunstancias referentes al presunto apoyo económico que pudo haber dado Johana Alexandra Hoyos Bautista (q.e.p.d) a su madre nunca fue presenciado de manera directa por las testigos. Aunado con lo anterior, nótese que dichas declaraciones se encuentran encaminadas a demostrar que la causante cooperaba con los gastos del hogar, mas no que la señora Nubia Elvira Bautista Rodríguez dependiera económicamente de su hija, en la medida que efectuaba un aporte significativo y necesario para sostenimiento de la familia, sin el cual no podía procurarse una vida digna.

De igual forma, tenemos en comunicación de fecha 28 de junio de 2017, que Seguros Bolívar presenta objeción al amparo de la suma adicional para la pensión de sobreviviente por no existir dependencia económica de la demandante frente a la causante, ello por cuanto el formulario diligenciado por la señora Nubia Elvira Bautista Rodríguez, da cuenta que los gastos del grupo familiar para la fecha del fallecimiento de la asegurada eran de $3`101.300 y que los mismos eran sufragados por Johana Alexandra Hoyos Bautista (causante), Nubia Elvira Bautista Rodríguez (madre de la causante) y Jenny Carolina Hoyos Bautista (hermana de la causante) y que gran parte de estos gastos eran utilizados para solventar los costos de los estudios universitarios de José Steven Hoyos Bautista (hermano causante).

Si bien, el formulario al que se hace referencia en dicha comunicación no fue aportado al plenario, no por ello se le puede restar valor probatorio a su contenido, pues la misma no fue objeto de tacha por la parte demandante, por lo que en los términos del art. 54 del CPT y SS, debe repuntarse como autentica y además por cuanto el contenido de las investigaciones realizadas por las administradoras de pensiones para efectos de determinar la dependencia económica del posible beneficiario pensional se asimilan al testimonio (CSJ SL3113-2018). Es así como la información allí consignada da cuenta que los gastos del hogar no eran sufragados únicamente por la causante, sino que estos eran compartidos junto con su progenitora y su hermana. Aunado a ello, se hace notar que de dicha documental se extrae que la demandante en su oportunidad señaló que para el fallecimiento de su hija se encontraba laborando como operaria en Manofacturas Elliot con un salario de $1`147.160, hechos que se acompasan parcialmente con lo manifestado por la parte actora al momento de absolver el interrogatorio, pues si bien, se presenta una contradicción en el salario, ya que en esta oportunidad manifestó que devengaba un salario mínimo, no queda duda alguna que la demandante percibía ingreso producto de su trabajo, lo que le permitía sufragar sus gastos personales y gastos básicos, incluyendo los correspondientes a la de educación superior de sus hijos Jenny y Stiven Hoyos, pues así lo narró en las citadas diligencias.

Ahora bien, se debe hacer notar que la parte demandante en el libelo demandatorio indica que la sociedad Kronos Investigación y Consulta Ltda., entidad encargada de analizar y definir la solicitud de reconocimiento pensional a favor del Seguros Bolívar (fls. 25), la indujo en error para incluir en dicho formulario información errónea, sin embargo, cierto es que este hecho no se encuentra acreditado dentro del expediente.

La carga de la prueba de la dependencia económica, corresponde en principio, a la madre demandante, sin embargo, dentro del presente juicio la misma no ha sido demostrada y a contrario sensu COLFONDOS S.A. acreditó que Nubia Elvira Bautista

Rodríguez contaba con medios económicos podría satisfacer sus necesidades básicas, e inclusive para sufragar los gastos educativos de sus otros dos hijos, lo que demuestra que la demandante tenía un independencia económica y que la misma le permitía asumir con su propio pecunio sus gastos personales y necesidades básicas.

Adicionalmente, se debe hacer notar que tampoco se encuentra demostrado en juicio que con el deceso de Johana Alexandra Hoyos Bautista las condiciones de vida digna de la señora Nubia Elvira Bautista Rodríguez se hayan visto afectadas, lo que sin lugar a duda confirma que la demandante no dependía económicamente de su hija, por lo tanto, al no ser demostrado este elemento, no se configuran los requisitos para reconocer la prestación solicitada.

Por las consideraciones esbozadas, se deberá confirmar la sentencia apelada.

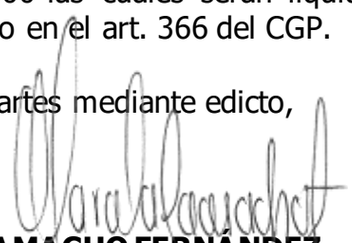
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de enero de 2021 por el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

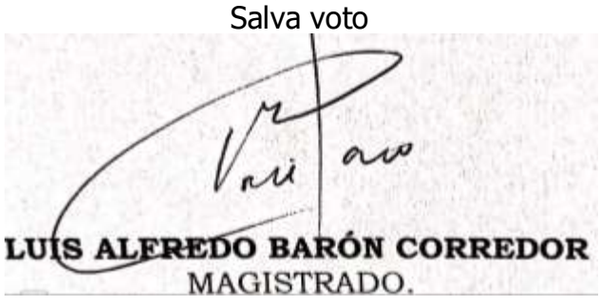
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $878.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva voto



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***DIANA MARCELA RIVEROS VALERO***
DEMANDADO:	***COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. Y RED TEL S.A.S.***
RADICACIÓN:	***32-2015-00265-02***
ASUNTO:	***APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO- SOLIDARIDAD DEL BENEFICIARIO DE LA OBRA.***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Diana Marcela Riveros Valero, instauró demanda ordinaria contra Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Red Tel S.A.S., con el propósito de que se declare que entre el demandante y Red Tel S.A.S. existió contrato de trabajo a término indefinido, durante el tiempo comprendido entre el día 1 de enero del 2010 al 19 de enero del 2014. Como consecuencia de la anterior pretensión de orden declarativo solicitó se dispusiera a su favor el pago de las cesantías y sus intereses, primas de servicio, vacaciones, indemnización moratoria y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las codemandadas celebraron contrato de agencia comercial, cuya vigencia se pactó desde el 15 de noviembre del 2012 y hasta el 31 de octubre del 2013, el cual se prorrogaba automáticamente por periodos sucesivos de un año; que para efectos de su ejecución la accionada Red Tel S.A.S. celebró el 1 de enero del 2010 con la demandante un contrato de trabajo de manera verbal y a término indefinido, para desempeñar las labores de presidente ejecutivo, mismo que finiquitó el 19 de enero del 2014 por la citada empresa de manera unilateral y sin justa causa.

Refirió que tenía una asignación salarial de $1.800.000 que se cancelaba mensualmente mediante consignaciones bancarias, sin embargo, para realizar la liquidación laboral su empleador tomó como base salarial el salario mínimo legal mensual; que de la misma forma el IBC de sus aportadores fue bajo el citado salario. En razón a ello, adujó que la demandada adeudada la diferencias que se ocasionen de la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones con el salario realmente devengado y la indemnización moratoria.

Por último, indicó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del CST y teniendo en cuenta que los objetos sociales de las demandas son similares o comunes

y complementarios, son solidariamente responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones. (fls. 30 a 35).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, destacando la confesión de la demandante en relación con su empleador y obligado frente a cualquier eventual diferencia causada en liquidación final de acreencias laborales. Agregó que al no haber existido con la demandante ningún tipo de relación de carácter laboral, no ha reconocido liquidación alguna a esta, de manera que cualquier diferencia en la misma no resulta imputable ni atribuible a la empresa.

Precisó que la solidaridad que se le imputa no es jurídicamente posible, como quiera que entre las dos sociedades se ejecutó un contrato de agencia comercial, en el periodo comprendido entre el 15 de noviembre del 2012 y el 31 de enero del 2015, en virtud del cual Red Tel S.A.S. actuó como agente comercial de la sociedad, encargándose en forma autónoma e independiente, con sus propios elementos y recurso humano, de actividades sustancialmente ajenas al giro ordinario de los negocios, tales como la comercialización de productos y servicios a terceras personas; circunstancia que de plano descartan la estructuración de los requisitos establecidos en el artículo 34 del CST.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones demandas, cobro de lo no debido del contrato de agencia comercial celebrado entre las demandadas, inexistencia de solidaridad por falta de estructuración de los presupuestos establecidos en el artículo 34 del CST, falta de título y causa, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, buena fe, prescripción, improcedencia de la indemnización moratoria y la genérica. (fol. 61 a 86)

2.2. Red Tel S.A.S. En respuesta a la demanda, la Curadora Ad Litem no se opuso, ni aceptó las pretensiones de la demanda. En lo atinente a los supuestos de hecho, señaló ser ciertos los hechos referentes al objeto social de las demandadas y en los demás adujo no constarle. (fol. 421 a 423)

3. Llamamiento en garantía. La demandada Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. en escrito aparte, llamó en garantía a Seguros del Estado S.A., en virtud de las pólizas de cumplimiento número 11-45-101024056 vigentes entre el 15 de noviembre del 2012 y el 31 de octubre del 2016; y 21-45-101128954, con vigencia comprendida entre el 31 de mayo del 2014 y el 31 de mayo del 2018, las cuales garantizaban el riesgo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones con ocasión del contrato de agencia comercial. (fol. 337 a 340)

4. Contestación Seguros del Estado S.A. En su respuesta a los hechos de la demanda señaló no constarle ninguno de ellos; referente a las situaciones fácticas del llamamiento, señaló que únicamente garantizó la ejecución del contrato No. 71.1.0884.2012 y, por lo tanto, los trabajadores vinculados para la ejecución de este, y no aquellos vinculados con anterioridad a la vigencia de las pólizas, entre tanto que la ocurrencia de los hechos, es decir, la relación laboral comenzó el 1 de enero del 2010. Propuso como excepciones de fondo las de imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales, inexistencia del perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguros contenido en las pólizas, ausencia de cobertura por iniciarse el riesgo por fuera de la vigencia de las Pólizas de

Cumplimiento Particular numeró 11-45-101024056 y 21-45-101128954, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la Póliza de Seguros de Cumplimiento Particular, imposibilidad de afectar las pólizas de cumplimiento particular por las conductas contempladas en el artículo 65 del CST y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, inexistencia de la obligación a cargo de Seguros del Estado S.A., si se declara relación laboral directa entre Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y el demandante, compensación, limite de la responsabilidad y genérica (fol. 445 a 459)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de octubre del 2019, en el que el fallador absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra, condenando en costas procesales a la demandante. (CD fol. 586)

Para arribar a tal decisiva hizo uso de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., significando que más allá de la que la demandante señalará que prestó sus servicios a la demandada Red Tel S.A.S. a través de un contrato de trabajo verbal a término indefinido a partir del 1 de enero del 2010, lo cierto es que no existe prueba que acredite tal relación laboral en los extremos que se indican en la demanda, como tampoco hay prueba del salario que refiere la demandante en cuantía de $1.800.000 que diera paso a su reliquidación de prestaciones sociales.

Por último, indicó que en gracia de discusión en cuanto a la solidaridad que se demanda el vínculo comercial que ató a las codemandadas data del año 2012 y la actora aduce que inició su relación laboral con Red Tel S.A.S. el 1 de enero del 2010 en labores de analista de nómina, por lo cual mal podría decir que ella estuviera prestando un servicio que beneficiaria directamente a la empresa Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación solicitando que se decrete la solidaridad laboral de que habla el artículo 34 del CST, en tanto que la única excepción que contempla para ello es que las funciones desarrolladas por el empleado sean extrañas al objeto social del beneficiario de la obra, situación que no se demostró. Además, ninguno de los demandados desvirtuó el hecho de que la demandante fue contratada para desarrollar el objeto del contrato celebrado entre estas, en tanto que como representante legal de su empleador debió siempre velar porque este se llevará a cabo de manera satisfactoria y organizar estructuralmente la empresa.

Por otro lado, peticionó a esta Sala el decreto de pruebas sustentando que como juez de apelaciones se debe agotar todos los recursos que se le otorgan para desentrañar los asuntos que se le ponen a consideración. Por manera, que al haber solicitado en el acápite respectivo que la demandada Red Tel aportará al proceso todos los documentos soporte como las planillas de pago de nómina y seguridad social, transacciones bancarias efectuadas cuyo objeto fue probar los salarios, deberán decretarse y practicarse como pruebas las siguientes:

1. Oficiar a la demandada Red Tel S.A.S. para que arrime al proceso copias del contrato individual del trabajo, pagos efectuados por concepto de seguridad social, comprobantes de los pagos de liquidación final y comprobantes de las transacciones bancarias.

2. Oficiar también a la EPS Famisanar Ltda y Afp Protección S.A., los comprobantes hechos por el empleador por concepto de pagos al sistema de seguridad social en salud, pensión; al Banco BBVA para que remita certificación bancaria de los pagos por concepto de salarios o por cualquier concepto a favor de la demandante

Aclaró que dicha sociedad no compareció directamente al proceso, por lo que se le nombró Curador Ad Litem, significando, entonces, que debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 83 del C.P.T. y de la S.S., en tanto no tuvo culpa en la integración del contradictorio. (CD fol. 586)

7. Alegatos Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. Solicitó se confirmará en su totalidad la sentencia absolutoria proferida el 8 de octubre de 2019, insistiendo que suscribió un contrato de agencia comercial con la sociedad Red Tel S.A.S. el 12 de diciembre de 2012, con un término duración inicial desde el 15 de noviembre de 2012 hasta el 31 de octubre de 2013, para la comercialización de productos y servicios.

Adicionalmente manifestó que quedó probado de manera irrefutable las labores desempeñadas por la actora de carácter administrativo como analista de nómina, las cuales, no guardan relación alguna con el giro ordinario de los negocios que ejecuta, en la medida, que los mismos corresponden a la explotación del espectro electromagnético y en tal sentido no se configuran los elementos de solidaridad señalados en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

i) ¿La sociedad Red Tel S.A.S., fungió como empleador de la actora dentro del lapso señalado en el libelo genitor?

ii) Si esta Sala encuentra que la respuesta es afirmativa la respuesta, es decir, la existencia de la relación el segundo problema jurídico consistirá en determinar el salario que devengó la demandante en vigencia del nexo contractual.

iii) ¿Hay lugar o no a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes pensionales y pago de la indemnización moratoria que establece el artículo 65 del CST?

iv) ¿Existe o no responsabilidad solidaria del que trata el artículo 34 del CST de la empresa Colombia Telecomunicaciones SA ESP?

v) De ser así, ¿Hay lugar a declarar la responsabilidad de la llamada en garantía ante la suscripción del Contrato de Seguros, así como sus límites, beneficiarios, la vigencia de la póliza y en general las condiciones de esta?

De la relación laboral.

Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor de la trabajadora se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que inició su relación laboral con la demandada el 1 de enero del 2010 y que finalizó el día al 19 de enero del 2014. Frente a esta pretensión en la contestación de la demandada, la Curadora Ad Litem, quien representa los intereses de la Red Tel S.A.S., señaló no constarle ello y por la misma razón no se opuso ni se allanó a la declaratoria del contrato de trabajo verbal.

En ese sentido, aun cuando adujo la demandante la existencia de una relación laboral con dicha sociedad, no arrimó ningún medio de convicción que permitiera concluir con certeza que lo dicho aconteció, tampoco en momento alguno demostró una prestación efectiva del servicio a favor de la empresa que aduce ser el empleador. Lo anterior, por cuanto únicamente se allegó al informativo como medio de prueba la planilla de aportes realizados al sistema de seguridad social, elemento que por sí solo no es plena prueba del contrato de trabajo, tal y como lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples decisiones "*no resultaba eficaz para demostrar, se insiste, por si sola, la prestación del servicio.*"[1]

Adicionalmente debe resaltarse que, en dicho documental se reflejan únicamente aportes realizados en el año 2013 (folios 28 y 29), pero en nada explica si correspondió a la totalidad del año o de un solo mes. Por la misma razón tampoco se podría tener en cuenta las demás planillas de aportes arrimadas al informativo, en tanto que fueron allegadas en forma incompleta, de las cuales no se evidencia que la empresa encartada hubiere realizado los aportes que se indican (folios 23 a 27).

Ahora, si bien el ataque que se dirige en contra de la sentencia de primer grado también se encontraba orientado a que esta Sala decretara y practicara pruebas en los términos del artículo 83 del C.P.T. y de la S.S., y como se refirió en auto de fecha 5 de abril del 2021, para que pudiera salir avante tal solicitud debía aparecer demostrado por lo menos la petición de la prueba en el libelo primigenio y, que a pesar de haberse decretado en la etapa procesal correspondiente, se hubiere dejado de practicar por el a quo sin justificación y culpa atribuible a la parte que la solicitó; situación que de plano en el presente asunto no ocurrió.

[1] CSJ SL156-2021, reitera las sentencias CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 24313 y SL15929-2017.

Lo anterior, en tanto que al revisar el escrito genitor se evidencia que se solicitó únicamente copia del contrato indicado en el numeral 3° de los hechos de esta demanda, copias de los pagos efectuados por concepto de seguridad social, comprobantes de los pagos de la liquidación final y transacciones bancarias mensuales "*ejecutadas por RED TEL S.A.S. para cancelarle el salario (…)"*, misma que no fue decretada por el Juez y, que se mantuvo incólume ante la no interposición de los recursos en contra de la negativa. Reiterando que, en todo caso, como ya se advirtió en precedencia, la solicitud de oficiar a la EPS Famisanar Ltda y Afp Protección S.A. no resultaba suficiente para estructurar un medio de persuasión concreto que pueda emplearse para arribar a la conclusión de la existencia de la relación laboral que pregona la actora.

Por la misma razón, tampoco se consideró dable acceder al decreto y practica de los demás medios probatorios solicitados en la apelación, ya que ciertamente si bien "*el juez laboral debe ser garante de los derechos fundamentales, adoptando para ello las medidas que considere pertinentes (art. 48 CPTSS), en procura de la prevalencia del derecho sustancial*"[2], ello no implica a la Sala la facultad para suplir la carga probatoria que competía a la parte actora y que por negligencia o impericia dejó de utilizar en momento oportuno, además que de aceptarse la petición implicaría asumir el rol de la demandante, lo cual quebrantaría los principios constituciones y legales que rigen la administración de justicia.

En el hilo de lo expuesto si lo que pretendió la demandante es una sentencia acorde con lo deprecado en la demanda, obviamente tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable.

Ello es así, dado que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Por manera que, no existiendo medio de persuasión sin que para ello sea apto el propio dicho de la parte demandante, pues lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, ésta Sala sin más consideraciones confirmará la decisoria del Juez primigenio, relevándose del estudio de los demás puntos de la apelación, como quiera que estos se encontraban supeditados a la declaración de la existencia de la relación laboral, la cual como ya se vio no está probada. Costas a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de octubre del 2019, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

[2] CSJ SL SL392-2019

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $800.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***OLGA LUCIA CALDERÓN CORZO***
DEMANDADO:	***COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A.***
RADICACIÓN:	***19-2017-00047-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***NIVELACIÓN SALARIAL***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. WILMER MAURICIO FERNÁNDEZ GUEVARA, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la demandada, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Olga Lucia Calderón Corzo instauró demanda ordinaria contra la Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A., con el propósito de que se declare que ha vulnerado el derecho fundamental a la igualdad; que las funciones y el nivel académico exigido por la demandada para los cargos de Analista Junior de Cartera y Cobranzas y Analista Senior de Cartera y Cobranzas son idénticos; que en su calidad de Analista Junior de Cartera y Cobranzas desarrolla más funciones y con mayor grado de responsabilidad que los trabajadores que ostentan el cargo de Analista Senior de Cartera y Cobranzas; que posee mayor antigüedad y experiencia en las actividades que desarrolla que dichos trabajadores; que desempeño su trabajo en superioridad de condiciones de puesto, jornada y eficiencia frente a las labores que desempeñan los otros trabajadores; que la demandada debe reconocer y pagar la diferencia salariales, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social.

En consecuencia de las citadas pretensiones de orden declarativo, solicitó que se dispusiera a su favor el reajuste salarial en cuantía igual o superior al que devenga los trabajadores que ostentan el cargo de Analista Senior de Cartera y Cobranzas; las diferencias salariales, con todos los factores que lo integran, así como la diferencia de las prestaciones sociales legales y extralegales, vacaciones, indemnización por la no consignación de cesantías, moratoria, la diferencia en sus aportes pensionales, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias

en derecho. Como pretensión subsidiaria de la moratoria, el pago de la indexación de las prestaciones sociales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que las partes celebraron el día 1 de junio de 1995 un contrato de trabajo de duración indefinida, para desempeñar el cargo de Asistente de la Dirección Administrativa Comercial, denominación que fue cambiada a partir del 25 de mayo del 2004 por el de Analista Junior de Cartera y Cobranzas; teniendo un salario básico mensual de $1.688.000, junto con un promedio mensual de horas extras y recargos de $325.600, para un total de $2.013.600 en el año 2016.

Indicó que la demandada dentro de su planta de personal tiene un cargo denominado Analista Senior de Cartera y Cobranzas y una de las trabajadoras que desarrolla dicho cargo es la señora Martha Cecilia Bello Díaz, quien ingresó a laborar el 16 de septiembre de 1996, a quienes no se le exige trabajo suplementario, en tanto que su salario básico es de $2.016.000.

Agregó que las funciones de los cargos citados son idénticas; la formación académica exigida es la misma, además, la demandante y la señora Martha Cecilia ostentan un nivel académico técnico. Arguyó que la señora Luz Marina Quiroga, quien dentro de la planta de personal ostenta el cargo de Analista Senior de Cartera y Cobranzas, solo tiene formación académica como bachiller.

Manifestó que se le ordenó la capacitación de nuevos funcionarios que ingresan a desarrollar funciones de Analista Junior de Cartera y Cobranzas, asesores comerciales, auxiliares, coordinadores de afiliaciones y función call center, y conforme a ello capacitó a la trabajadora Mónica Isabel Talero, quien cometió una falta grave consistente en la digitación errónea de una fecha de saldo en las facturas, por lo que el 27 de junio del 2016, a la demandante fue llamada a descargos, por lo que el 30 del mismo mes y año la demandada le hizo un llamado de atención. En tal virtud, refirió que además de las funciones propias de su cargo, asignó las funciones de líder de los procesos de facturación, en tanto que cada contrato de medicina prepagada debía distribuirlos los planos a 6 personas, por lo que debía responder la totalidad del proceso de facturación.

Por otro lado, refirió que a ninguno de los Analistas Senior se le ha designado tareas adicionales a las propias de su cargo; que realiza anualmente evaluación de desempeñó de cada uno de sus trabajadores; que los criterios de evaluación del desempeño de los cargos son idénticos y que su evaluación obtuvo mayor calificación que la señora Martha Cecilia bello Díaz, además, cuando suplió sus funciones, su salario continúo siendo el mismo.

Finalmente, adicionó que al interior de la sociedad existe un sindicato de trabajadores y la última convención colectiva suscrita tuvo vigencia a partir del 1 de noviembre de 2013, la cual no ha sido denunciada (fls. 4 a 27).

2. Contestación de la Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A. Al contestar la demanda se opuso a la totalidad de pretensiones, argumentando que en ningún momento ha vulnerado el derecho deprecado, habida cuenta que siempre ha estado en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y en todo momento le han sido respetadas todas las garantías laborales dentro del contrato de trabajo.

Además, que las funciones y el perfil del cargo analista junior y analistas senior de cartera y cobranzas configuran dos cargos disimiles que conllevan diferentes

responsabilidades; laborales que le han sido asignadas y corresponden a las definidas en el perfil del cargo para el que fue contratada; por lo que tampoco es procedente indicar que la demandante posee más experiencia y antigüedad, en tanto que actualmente en el área de cartera y cobranzas solo hay un cargo denominado analista senior de cartera y cobranza ocupado de manera permanente e ininterrumpida por la señora Luz Marina Quiroga desde el día 11 de septiembre de 1995, esto es hace 21 años y 9 meses, y para el caso de la demandante, ha tenido un proceso de carrera al interior de la compañía durante la vigencia de su contrato.

Respecto de los supuestos facticos señaló que la fecha de inicio del contrato de trabajo de la demandante fue el 1 de junio de 1995, quien ingreso a ocupar el cargo de asistente dirección administrativa comercial; posteriormente los cargos de auxiliar de comisiones, analista senior de comisiones y m.p., auxiliar de tesorería y analista junior de cartera y cobranzas, cargo que actualmente ocupa.

Agregó que la señora Martha Cecilia Bello Díaz no presta sus servicios desde el 31 de enero de 20017, además, quien Luz Marina Quiroga es la persona que únicamente existe un cargo de analista senior de cartera y cobranza, cargo que dista del ocupado por la demandante en razón a las actividades que desarrollan; si existe una diferencia en cuanto al nivel profesional o técnico de la persona que vaya a ocupar el cargo en caso de existir una vacante.

Por último, aclaró que no tiene ninguna función de líder de procesos que le implique el manejo de personal, como quiera que su labor se centra más en el acompañamiento para la capacitación en procesos del área de facturación y no en el liderazgo o impartición de ordenes a los demás trabajadores del área; no es un cargo de dirección, manejo y/o confianza, y mucho menos el de efectuar la distribución de funciones a sus compañeros de trabajo. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación pretendida, cobro de lo no debido, pago, carencia del derecho reclamado, temeridad y mala fe, buena fe, prescripción y genérica. (fol. 198 a 219)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de julio del 2018, reconstruida en audiencia especial del 1 de abril de 2019, en el que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la demandante, sin imponer costas en la instancia.

Para tomar su decisión, indicó que en efecto entre las partes existe una relación laboral cuyo extremo inicial correspondió al 1 de junio de 1995, no obstante, de acuerdo con el criterio que ha mantenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se demostró los requisitos para su procedencia, en tanto que no acreditó que existieron compañeros de trabajo que desempeñaran las mismas funciones idénticas o similares, tampoco probó la eficiencia de igual trabajo, igual cantidad, por lo que despacho desfavorablemente las pretensiones. Aclaró que con la trabajadora Martha Cecilia Bello no tenía identidad de funciones, pues la demandante no realizaba labores que si hacia la citada trabajadora, tanto profesionales como técnicas. (CD fol. 438)

4. Impugnación y límites del ad quem. La demandante formuló recurso de apelación diciendo que la conclusión a la que llegó la Juez primigenio es totalmente equivoca en tanto que atribuyó la carga de la prueba a la actora, siendo que le correspondía a la parte demandada demostrar los factores objetivos de diferenciación, situación que no probó, por lo que debió ser condenada. En todo caso, señaló que la demandante demostró la disparidad retributiva sobre el trabajo realizado, como quiera que efectuara las mismas labores del cargo de Analista Senior de Cartera y Cobranzas;

las evaluaciones de desempeñó realizadas las cuales eran idénticas a las que se le efectuaba a la Analista, tal como se evidencia en el expediente.

Refirió, que los testimonios señalaron que la diferencia material de los cargos radicaba que el Analista Senior liberaba procesos en tanto que es el gestor de conocimientos, mientras que el otro tiene labores operativas, esto es de ejecución. En razón a ello, manifestó que se le asignaron dichas labores en tanto que lideraba procesos de facturación dentro del área de cartera y cobranza, como lo confesó la representante legal de la demandada y ratificado por el testimonio de Alexander Rey.

Agregó que se le asignaban labores de capacitación a los trabajadores, por lo que desempeñaba las mismas funciones del analista senior, situación que se logra corroborar con los correos incorporados en el expediente, en tanto que en ellos se evidencian que liberaba los procesos de facturación. Además, se le delegaba mediante actas las funciones del analista senior, cuando a la señora Martha Cecilia Bello disfrutaba vacaciones. Ello porque era la que mayor experiencia tenía.

Por último, describió que sus labores las realizaba con mayor eficiencia y efectividad que los demás Analistas, pues cuenta con mayor experiencia; tiene igual nivel académico que la señora Martha Cecilia Bello y con respecto de Luz Marina Quiroga es superior nivel académico, en tanto que es bachiller. En razón a ello, le fueron ordenados realizar procesos de capacitación y por tal razón debía responder por las labores de sus capacitados. (CD fol. 438)

5. Alegatos.

5.1. Parte demandante. En su escrito de alegaciones refirió que el A quo le atribuyó la carga de la prueba de la nivelación salarial, configurando con tal criterio una clara vía directa al desconocer flagrantemente la norma especifica que rige el presente asunto, que no es otra que el artículo 143 del CST, canon que invirtió la prueba, de ahí que la sociedad demandada al no haber justificado la disparidad de trato salarial entre la actora y sus trabajadores que desempeñen el cargo de Analista Senior de Cartera y Cobranzas debe ser condenada en los precisos términos establecidos en el acápite de pretensiones. Por otro lado, indicó que a pesar de estar beneficiada por la presunción establecida en la disposición en cita demostró la disparidad retributiva con el cargo comparado, pues la labor realizaba por esta ha agregado mayor valor a la demandada que el que realizan y han realizado personas que han desarrollado tal cargo.

5.2. Parte demandada. Refirió que la decisión sometida a controversia se ajusta a derecho, por cuanto allí se hizo un estudio íntegro del material probatorio recaudado, y la parte demandante no logró demostrar suficientemente que le asistiera razón en sus pretensiones, en tanto que, quedó suficientemente claro que el cargo que siempre ha ocupado al interior de la Compañía es el de Analista Junior de Cartera y Cobranzas con una asignación salarial correspondiente al mismo, y que difiere en cuanto a funciones y salario del cargo de Analista Senior de Cartera y Cobranzas que reclama nunca le ha sido reconocido por la Empresa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿El salario de la actora debe nivelarse con el salario devengado por el "Analista Senior de Cartera y Cobranzas"?

(ii) En caso positivo, ¿le asiste a la demandante el derecho al pago de las diferencias salariales y reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones?

Nivelación Salarial

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, tampoco sus extremos temporales, ni el salario devengado al interior de ella, situaciones fácticas que fueron no solo aceptados por la demandada en su contestación, sino también se logran corroborar del contrato de trabajo (folios 38 y 39) y el certificado laboral expedido por la demandada (folio 40).

Hecha tal precisión, debe empezar la Sala por advertir que el artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7° de la ley 1496 del 2011, establece que: *"A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo este todos los elementos a los que se refiere el artículo 127".*

No obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha indicado que *"(...) es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica o sugeridas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad de trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral"* (SALA LABORAL CSJ RAD. 29.468 DEL 3 DE AGOSTO DE 2007)

Señala además, nuestra CSJ en la sentencia SL17442 del 2014, reiterada en la SL 15023-2016, frente al tema de la carga probatoria en este tipo de procesos, que al trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio *«a trabajo igual salario igual»*, le corresponde demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones, y al empleador le corresponde –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato.

Caso Concreto

Conforme a los presupuestos señalados y atendiendo esa distribución de cargas probatorias, corresponde en primer lugar a la activa, la acreditación del trato diferenciado en materia salarial, y la identidad de cargo y funciones con referencia a otro trabajador, para que una vez establecida aquella desigualdad analizar si la demandada a quien se desplaza la carga probatoria justificó los factores objetivos de esa diferenciación salarial.

En ese orden, se debe advertir desde ya, que tal y como lo señaló la Juez de primer grado, pretende la demandante se le nivele su salario al de las trabajadoras Luz Marina Quiroga y Martha Cecilia Bello, quienes ejecutaron las actividades de Analista Senior de Cartera y Cobranza. Bajo ese panorama, no es cierto que la a quo incurriera en error al trasladarle la carga de la prueba a la parte demandante, en tanto que consideró que la activa no demostró que existieron compañeros de trabajo que desempeñaran

las mismas funciones idénticas o similares, tampoco probó la eficiencia de igual trabajo, igual cantidad, debiéndose claramente demostrar por la trabajadora, conforme a lo atrás anotado.

Así las cosas, tampoco merece ningún reproche la conclusión a la que arribó la juez primigenia al considerar que la trabajadora realizó las mismas labores de la Analista Senior Analista Senior de Cartera y Cobranza, que desarrolló la señora Martha Cecilia Bello Díaz y con quien pretende la igualdad de condiciones. Es menester precisar que la accionante se vinculó con la empresa accionada el día 1 de junio del año 1995, para desempeñar el cargo de asistente de dirección administrativa comercial, mismo que fue modificado de la siguiente manera, según certificación laboral adosada al informativo y que obra a folio 221:

- El 1 de enero al 30 de octubre del 2000, el cargo de auxiliar de comisiones.

- El 1 de noviembre del 2000 al 15 de mayo de 2004, el cargo de analista senior de comisiones y m.p.

- El día 16 de mayo del 2004 hasta el día 15 de agosto del 2012, el cargo de analista junior de cartera y cobranzas.

- El día 16 de agosto de 2012 al 30 de diciembre de 2012, el cargo de auxiliar de tesorería.

- Desde el 1 de enero de 2013 en el cargo de analista junior de cartera y cobranza.

Conforme a ello, la empleadora en certificación laboral a folio 40 del informativo, declaró que la actora para el 19 de septiembre del 2016, en su cargo de **Analista junior de cartera y cobranza**, devengó la suma de **$1.688.000**, como salario básico. Mientras que se afirma en la certificación laboral que obra a folio 120 del expediente, la señora Martha Cecilia Bello Díaz, prestó sus servicios a favor de la demandada en el cargo de **Analista Senior de Cartera y Cobranzas**, desde el 16 de septiembre de 1996, devengado para la misma fecha, es decir, para el 19 de septiembre del 2016, la suma de **$2.016.000**.

Ahora, demostrado como se encuentra la diferencia salarial, corresponderá entonces adentrase al estudio de las condiciones de eficiencia iguales, es decir, el desarrollo de funciones idénticas por parte de las trabajadoras.

En ese sentido, se allegó por la actora a folios 41 a 47 y 121 a 120, los perfiles de los cargos, es decir, **Analista junior de cartera y cobranza y Analista Senior de Cartera y Cobranzas**, en los que se evidencia que no existe ninguna diferencia o disparidad el uno del otro, en tanto que se requiere la misma formación académica, conocimiento especifico, experiencia laboral externa e interna y, además, las funciones y responsabilidades son idénticas, lo que equivaldría admitir rápidamente que quedó plenamente satisfecho el requisito mencionado, como lo pretende la parte que censura.

Sin embargo, pese a tal premura, la Sala no podría pasar por alto que el dador del laborío arrimó al informativo también los perfiles de los cargos, mismos en los que se evidencia la existencia de diferencias sustanciales, no solo en la imposición de sus condiciones y requisitos, sino en sus funciones y responsabilidades, probanza que no permite colegir con certeza la identidad de funciones desempeñadas por la actora con respecto a la otra trabajadora.

Ahora, en lo atinente a las versiones rendidas por los testigos, esta Sala debe hacer hincapié en lo dicho por la señora Martha Cecilia Bello Díaz, respecto a las funciones desempeñadas, declaración que, analizada objetivamente, disipa cualquier discusión al respecto. Ello es así, en tanto que la citada trabajadora explicó claramente las funciones que realizaba la actora, las cuales no coinciden totalmente con las de Analista Senior de Cartera y Cobranzas.

En ese sentido, señaló que, si bien la actora tenía a cargo el proceso de facturación y la capacitación de otros trabajadores, función que también le correspondía hacer, no obstante, aclaró que dicha labor se hacía en tanto que el cargo de Analista Senior de Cartera y Cobranzas abordaba "*todo lo que era el auxiliar y el junior, todas las funciones estaban dentro del senior, porque se supone que el que más podía y tenia capacidad para desarrollar todo; entonces se hacía de todo*"; agregando que "*teníamos que hacer de correo electrónico, atención a agencias, y en eso incurría toda la actividad de cartera y cobranzas desde facturación, para el analista senior, que el junior no lo hacía, el analista senior tenía que hacer facturación hasta la ejecución de los procesos y todo, hasta la cancelación, recuperación y cobro, cheques, de todo*".

Además, indicó que el proceso de facturación "*en principio el analista junior no debía haber cogido jamás facturación, pero cuando a mi recibieron el cargo lo tuvo que hacer Olga Lucia en el caso específico. Ella lo ejecutó, lo organizó, porque las otras dos personas, entre ellas, era Sandra Posada, que era analista senior de cartera, también Luz Marina Quiroga pues no tenía la capacidad para hacerlo, entonces sencillamente (…) suplió las actividades fue Olga Lucia Calderón*"

De lo anterior, se puede extraer que el proceso de facturación era tan solo una de las funciones que tenía a cargo el Analista Senior de Cartera y Cobranza, pues a esta le competía otras funciones, que según la misma deponente abarcaba la totalidad de labores que realizaba no solo la de la demandante, sino la de los demás analistas junior. Aclarando, que su dicho es totalmente creíble y verídico para los efectos que se pretenden en el proceso, como quiera que dicha trabajadora fue un testigo directo de los hechos, en tanto que fue compañera de labor de la actora, por lo que puede dar cuenta de lo sucedido, así descartando de plano su tacha por sospecha.

Ahora, aunque la testigo afirmó que al salir a vacaciones sus funciones quedaban a cargo de la demandante, ello lo fue únicamente del proceso de facturación, lo que guarda coherencia con el "Acta de Entrega Vacaciones", en tanto que allí se refleja que la señora Martha Cecilia Bello Díaz para el 13 de diciembre de 2013 delegó en su ausencia a la demandante únicamente "FACTURACIÓN CONTRATOS ESPECIALES ENERO DE 2014" y "DATOS INDICADOR DE FACTURA", al señor Camilo Neira "REGULARIZACIÓN 5 DE ENERO CONTRATOS DIFERENTES A MENSUAL" y "CABIOS DE PERIOCIDAD DE PAGO" y conjuntamente a estos trabajadores "CONTROL DE CONSECUTIVOS DE FACTURACIÓN RESPONSABLE" (folios 101 y 102). Lo mismo sucedió con el "Acta de Entrega Vacaciones" de fecha 3 de octubre del 2014, en el que fueron delegados funciones tanto a Olga Lucia Calderón y Camilo Neira.

Bajo esa óptica, contrario a lo que pretendió la parte demandante demostrar con la testigo, el trato diferenciado está plenamente justificado, en tanto que no aparece plenamente demostrado que la señora Olga Calderón desarrollara las mismas funciones que las asignadas a Martha Bello, con similares condiciones de eficiencia, rendimiento y con igualdad o equivalencia de responsabilidades, debiendo tenerse en cuenta también, el hecho de que esta última indicó que la responsabilidad que se le asignó a la demandante liderar el proceso de facturación, lo fue por cuanto ella tenía a cargo a

Olga Calderón, además porque tuvo que reemplazarla "*una vez yo, a mi pusieron hacer un trabajo especial de bases de datos de los contratos especiales, 200 contratos especiales en Excel, los manejaba mensualmente, la que me reemplazo a mi fue Olga*"

Además, el citado relato no quedó derruido con la declaración vertida por el señor John Freddy Copete Avendaño, pues ese además señaló que para la época en que estuvo en el área de cartera evidenció que existía varias secciones donde cada analista junior se encarga de alguno de los procesos, tales como gestión de comisiones, certificados, cartera de la Fundación Universitaria Sanitas y recaudo. Relató que cada uno de ellos realizaba capacitaciones, entre esas la aquí actora y agregó que la demandante realizó procesos de facturación en tanto que la trabajadora Martha Bello le entregó dichas funciones.

Así, los medios de convicción y piezas procesales reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que Olga Lucia Calderón Corzo y la señora Martha Cecilia Bello Díaz, no desempeñaron las mismas funciones, dado que (i) la demandante si bien realizó el proceso de facturación no era la única labor que desempeñaba la otra trabajadora;(ii) acotando, que dicho liderazgo lo hacía en forma esporádica. Y aquí llama la atención de la Sala que la función del proceso de facturación no lo realizó durante el trayecto del vínculo laboral, no solo porque la promotora del proceso desempeñó varios cargos al interior de la empresa, tal como se evidenció en la exposición de las certificaciones adosadas al plenario, lo cual afirmó en la diligencia de interrogatorio de parte, sino también, como quiera que la deponente señaló que vino a suplir dicha función bien cuando salía a disfrutar sus vacaciones o en sumo cuando su empleador le exigía realizar otras funciones especializadas.

Tales argumentos, en los que también se apoyó la juez de primer grado, que además no fueron derruidos por el censor, conducen a sostener que la aquí demandante no solo demostró que cumplió las mismas actividades que la trabajadora traída a colación, sino, además, que la función del líder no fue permanente; en todo caso existen factores objetivos de diferenciación que justifican el ingreso diverso entre los trabajadores, en tanto que la señora Martha Cecilia Bello Díaz, tenía mayores responsabilidades en su ejercicio de **Analista Senior de Cartera y Cobranzas.**

No sobra agregar, que en nada prueba la sanción disciplinaria que aduce el recurrente no fue valoraba por la a quo (folios 76 a 85), pues, aunque denota que ejercía labores de capacitación respecto de algunos trabajadores, tal labor le correspondía realizarla a todos los **Analista junior de cartera y cobranza**, como lo depuso John Freddy Copete Avendaño en su declaración. Además, el contenido de los correos electrónicos que también fueron allegados por la parte demandante y que obran a folios 86 a 100 del expediente, poco aportan para esclarecer la controversia, pues corresponden a solicitudes de la demandante, las respuestas en forma negativa a sus pretensiones y alguna labor dentro del proceso de facturación.

Lo anterior, imposibilita la configuración del trato discriminatorio con la trabajadora demandante materializado en diferencias remunerativas, lo que implica de contera no acceder a la nivelación deprecada, razones que resultan suficientes para mantener en firme la sentencia de primer grado. Costas a cargo de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de julio del 2018, reconstruida en audiencia especial del 1 de abril de 2019, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JAIME ROBERTO MENDOZA ÁVILA***
DEMANDADO:	***AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.***
RADICACIÓN:	***35-2014-00689-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDADA***
TEMA:	***VIÁTICOS***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jaime Roberto Mendoza Ávila, instauró demanda ordinaria contra Aerovías del Continente Americano S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido; que es beneficiario de las convenciones colectivas suscritas entre ACAV y AVIANCA en el año 2003 y 2002; y que debió considerar como factor salarial la parte de los viáticos (costo de alojamiento y alimentación) que paga en los diferentes hoteles donde pernocta en cumplimiento de sus labores como auxiliar de vuelo.

Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo, solicitó se dispusiera a su favor la reliquidación y pago de la incidencia salarial como consecuencia de los viáticos (costo de alojamiento y alimentación) que paga la compañía al demandante; en forma indexada los reajustes de salarios, bonificaciones, prima de antigüedad, primas legales y extralegales, auxilio de cesantías y sus intereses, vacaciones, prima de vacaciones, horas extras dominicales y festivos y, los aportes al sistema de seguridad social; incluyendo dentro de la incidencia salarial el valor del alojamiento y alimentación que paga el empleador en los hoteles de las distintas ciudades donde pernocta el demandante en cumplimiento de sus labores de auxiliar de vuelo.

Así mismo, pretendió el pago del valor de 1000 SMLV, por los perjuicios correspondientes al daño emergente y lucro cesante, y demás perjuicios morales y materiales ocasionados por la decisión unilateral de la demandada de no tener en cuenta el costo de la alimentación y alojamiento como factor salarial, para liquidar los salarios y prestaciones sociales legales y extralegales. Por último, solicitó lo que resulte probado conforme a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a trabajar el 1 de marzo de 1994, mediante un contrato a término indefinido, para desempeñar el cargo de Auxiliar de Vuelo Internacional, devengando como último salario fijo la suma de

$2.208.000 básicos, más un ingreso mensual de $2.552.000 que incluye otros ingresos salariales. Refirió que se encuentra afiliado a la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo – ACAV, por lo que es beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas con el empleador, mismas en la que se establece el valor de los viáticos internacionales cuando la persona tiene permanencia mayor a 12 horas y hasta por 24 horas en el exterior por cuantía de US$41 dólares diarios para Europa, US$39 para otros países y por Turn Around en vuelo de pasajeros y/o carga US$14 y como viatico nacional por un valor de $39.000.

Agregó que los viáticos sólo cubren parte del valor real de la alimentación que paga en los diferentes hoteles donde se hospeda en cumplimiento de sus funciones como auxiliar de vuelo; por tal razón que el valor estos no alcanza a cubrir los costos de alimentación cuando tiene que pernoctar en las diferentes ciudades; que la demandada no ha incrementado el valor de los viáticos los cuales tienen incidencia prestacional de acuerdo a la cláusula décima novena de la convención colectiva de trabajo del año 2003.

Por último, indicó que la demandada le causa al demandante graves perjuicios morales y materiales, por cuanto su vida personal y familiar depende económicamente de los recursos derivados de los salarios devengados del contrato de trabajo y en ese sentido, pagar un mayor valor por los servicios que debía pagar la demandada viola sus derechos fundamentales y genera gran detrimento patrimonial. (Cuad. 2, fls. 85 a 97).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, a excepción de la pretensión que persigue la existencia de la relación laboral; argumentando que no existe a favor del demandante derecho a lo pedido pues no ha pagado costos de alojamiento ni alimentación a ningún hotel en la nación ni en el exterior. Arguyó que la empresa alquila de manera permanente habitaciones en hoteles – en Colombia y en el exterior, que pueden ser ocupadas por los trabajadores de esta, que por inherencia de sus funciones requieren el trasladarse al exterior; por lo que es imposible establecer el valor pagado a los hoteles por concepto de hospedaje del demandante, puesto que no existe certeza ya que el mismo no ha demostrado el haber utilizado el hotel.

Adicionó que el alojarse o no en los hoteles en los cuales la empresa tiene alquiladas las habitaciones responde al libre albedrío de cada uno de los trabajadores que viajan al exterior, siendo además muy normal el que acudan a otro sistema de alojamiento; que los valores que se pudieron pagar por concepto de alquiler de habitaciones en los hoteles, para la utilización general de los tripulantes y no a título personal para el demandante, corresponden al suministro de un elemento para trabajar, es decir, para desempeñar a cabalidad sus funciones y no a un pago realizado como contraprestación del servicio y, por lo tanto, esos dineros no ingresaron a su patrimonio, por ende no tienen la naturaleza salarial.

Finalmente, manifestó que el valor pagado por viáticos de alimentación fue pactado en la convención para cubrir alimentación de los auxiliares de vuelo, fue determinado de común acuerdo por las partes firmante, en esa medida, es claro que debe ser administrado por los auxiliares y que los valores adicionales que ellos paguen por su propia voluntad y según lo que decidan comer, no constituye obligaciones a cargo de la compañía. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, falta de título y ausencia de causa jurídica, pago de lo debido, buena fe, ausencia de buena fe del demandante, inexistencia de la evaluación de normas convencionales, prescripción y compensación. (Cuad. 2, fls. 144 a 161 y 177 a 184).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de mayo del 2019, en la que el fallador condenó a la demanda a pagar a favor del demandante la suma de $499.205,93, por concepto de la diferencia en el pago de vacaciones y costas procesales. (Cuad. 2, Cd a fl. 241)

Para arriba a tal decisiva señaló que de conformidad con los reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, en la sentencia con radicado 35819 del 2009, SL4037-2017 y Sl1753-2018, que cuando se pretende la reliquidación de acreencias laborales teniendo en cuenta para ello lo devengado por concepto de viáticos permanentes, es el actor a quién le corresponde en virtud de la carga de la prueba consagrada en el artículo 167 del CGP, demostrar y cuantificar el monto que individualmente canceló el empleador por estos conceptos.

Así, luego de valorar las pruebas allegadas al plenario, señaló que las obrantes en el primer cuaderno no pueden ser valoradas en la medida que no se acompasan en el artículo 251 ibídem, en tanto que no fueron traducidas al idioma castellano. Además, agregó que tampoco es posible tener en cuenta los valores reflejados en los documentos a folios 475 a 491 del plenario dado que solo reflejan tarifas comerciales y no dan cuenta que el actor haya pernoctado en estos hoteles. Sin embargo, encontró probado que el demandante acreditó los gastos de alojamiento y manutención para algunos de los hoteles, por lo que la encartada debía demostrar que estos valores no se encontraban destinados a satisfacer los gastos de alojamiento y manutención sino a propiciar gastos de transporte o gastos de representación, circunstancia que no se presentó.

En ese sentido, luego de estudiar la excepción de prescripción anotó que la demandada debía reconocer y pagar por concepto de viáticos la suma dinero referida con anterioridad y, por ende, no podía restarle incidencia salarial como quiera que los mismos estaban reconocidos convencionalmente y en el propio artículo 130 del C.S.T. No obstante, agregó que únicamente debía condenar a la demandada a pagar el valor de las vacaciones en tanto que se demostró una diferencia salarial en su liquidación.

Por último, señaló en relación con los perjuicios reclamados que, si bien ha quedado demostrado en el expediente que la demandada les restó incidencia salarial a los viáticos causados por concepto de alojamiento y manutención, sin embargo, la parte interesada no demostró la causación de los perjuicios demostrados y mucho menos que los mismos hayan ascendido a la suma reclamada es decir 1000 salarios mínimos legales.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación manifestando que se premió al empleador que no aporta la documental e invierte la carga de la prueba para el actor. Además, que la empresa debió allegar absolutamente los pagos que efectuó, en tanto que si los hubiera aportado era dable establecer con certeza jurídica que la empresa definitivamente pago unos viáticos cuando el actor pernoctó.

Refirió, que esta probado con el itinerario que pernoctó en diferentes ciudades nacionales y extranjeras, por lo que podía establecerse el pago de los hoteles; significó que no pudo obtener esa información dada a su confidencialidad, no obstante, reiteró que en los itinerarios podría establecerse con certeza exactamente las veces que el actor pernoctó, en tanto que ahí generó el pago del hotel, lo cual hace parte salarial, es decir, el valor del alojamiento.

Indicó que como quiera que la demandada no prueba los viáticos, es por ello que aportan en la demanda algunas tarifas de los hoteles, las cuales deben tenerse en cuenta para

establecer la incidencia salarial, que en el caso de los aportes al sistema de seguridad social no prescribe.

Bajo tales argumentos, arguyó que quien debía probar que el demandante nunca se quedó en el hotel, para señalar que no tenía derecho a que se le pagará el alojamiento era exclusivamente de la demandada, por lo que no se le debió invertir la carga de la prueba, máxime que la parte actora no debía pasar las facturas cuando la misma demandada dio orden de no expedirlas. Manifestó que se allegaron los contratos leoninos en los cuales la encartada pagaba mensualmente las habitaciones, sin embargo, debió determinarse el valor de los viáticos y el alojamiento y, como no los probó debe aplicarse las tarifas que están en las páginas web y que fueron allegadas. (Cuad. 2, Cd a fl. 241)

4.2. Recurso de apelación demandada. Apeló parcialmente la sentencia, indicando que se le condena al pago de una suma de dinero, sin tener en cuenta que ya pagó, al punto que en todos los casos se encontraron que los pagos realizados fueron mayores a los pretendidos y a la incidencia salarial. (Cuad. 2, Cd a fl. 241)

5. Alegatos.

5.1. Alegatos parte demandante. En su escrito de alegaciones refirió que el A quo no acertó en su fallo y del cual solicitó revocar para que se accedan a las pretensiones de la demanda, al no constatar que los pagos realizados por la demandada, por alojamiento donde pernoctan los tripulantes en los hoteles nacionales o extranjeros, son constitutivos de salario de acuerdo con la Ley y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

Significó que la empresa desde el inicio del itinerario le indica al tripulante donde debe hospedarse, para ello emite las ordenes de viajes y le da el transporte al tripulante que lo lleva del aeropuerto al hotel y del hotel al aeropuerto a órdenes del capitán de la nave, además, le suministra el dinero para el pago de la alimentación; lo risible de la pretensión de la demandada es que el auxiliar de vuelo que gana en promedio $2.208.000 básicos mensuales, pueda darse el lujo de optar por pagar otro hotel cuando dichos valores oscilan entre US$180 dólares americanos o EUR $200 de euros, y normalmente como está probado debía pernoctar 5 o 6 veces en el mes de acuerdo a sus itinerarios.

Agregó que en el proceso esta todos los reportes de vuelos del actor y la demandada omite llegar los pagos efectuados a los hoteles, por ello no puede invertirse la carga de la prueba, ya que todos esos documentos están en poder de la encartada y no los aportó bajo el supuesto de que quien debe aportarlos es el extremo activo, lo cual es obligar a lo imposible, dado que esos documentos son confidenciales y los hoteles se les tiene prohibido dar al tripulante copia de lo que paga Avianca por cada estadía en vuelo nacional o en el extranjero.

5.2. Alegatos parte demandada. En su escrito señaló que la incidencia salarial por concepto de viáticos fue tenida en cuenta, de acuerdo como lo convinieron las organizaciones sindicales y la empresa en el acuerdo colectivo, de manera que ha cumplido respecto del demandante, durante la vigencia de la relación laboral, todas las disposiciones y normas aplicables según su condición laboral, cancelando los derechos laborales causados sin que a la fecha exista alguno que con carácter de cierto se le deba.

Adicionó que es imposible establecer el valor pagado a los hoteles por concepto de hospedaje del demandante, puesto que no existe certeza, ya que no demostró haber utilizado los hoteles, además, es una práctica recurrente que los trabajadores acudan a

otros sistemas de alojamiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

¿La encartada adeuda alguna acreencia salarial o prestacional al demandante en los términos solicitados en el escrito primigenio, como consecuencia de la incidencia salarial de los viáticos que aduce haber recibido por alojamiento u hospedaje?

Viáticos

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, ni la labor de auxiliar de vuelo internacional por el accionante, tampoco que el actor es beneficiario de la cláusula 19 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Avianca y sus trabajadores, misma que hace referencia a los viáticos de los auxiliares de vuelo, precisando que la constancia de su depósito se acreditó en el plenario (Cuad. 1°, folios 47 a 90).

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si la parte demandante debe acreditar en forma específica los días en que pernoctó en el exterior, el hotel en el cual se alojó por cuenta de la demandada y el precio de alojamiento de dicho hotel, pues es claro que solo con estos datos se podría obtener el valor de los viáticos que pudo haber excluido la demanda del salario base de la liquidación de los derechos laborales reclamados. Por manera que para efectos de entrar a su estudio se procederá a efectuar el análisis de la carga de la prueba de las partes y la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al instructivo, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, concordante con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Así las cosas, cumple memorar que el artículo 130 del CST modificado por el art. 17 de la Ley 50 de 1990, establece:

> *"1°) Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.*
>
> *2°) Siempre que se paguen deben especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.*
>
> *3°) Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquellos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente."*

Conforme a lo atrás dicho, los viáticos son entendidos por el legislador como aquellos gastos que se generan cuando el trabajador debe desplazarse a un lugar ajeno a su sede habitual de trabajo, en ejecución de sus funciones y en cumplimiento de las órdenes del

empleador, sin embargo, dispone que para que aquellos constituyan salario no solo debe ser destinado a proporcionar manutención y alojamiento al trabajador, sino que se causen de forma permanente, de modo que excluyendo en forma expresa los viáticos accidentales y aquellos permanentes que solo tengan por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

Frente al tema de los viáticos nuestra CSJ tuvo la oportunidad de referirse en la sentencia SL 562-2013 reiterada en la SL 1022-2020, en donde señaló:

> *"Superado lo anterior, para resolver el asunto, considera pertinente la Sala reiterar lo que de tiempo atrás tiene adoctrinado, frente al mandato legal del artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990, en cuanto a que esa disposición no define expresamente qué es lo que se reputa como viáticos permanentes para efectos de determinar su incidencia salarial.*
>
> *Ha dicho que como esa definición la elaboró el legislador en torno a los viáticos accidentales, al señalar que son aquellos que se "dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente" y que por tanto en ningún caso constituyen salario, por vía de exclusión* ***debe entenderse que tienen la connotación de permanentes aquellos que se otorguen al trabajador para su manutención y alojamiento,*** *siempre que por requerimiento del empleador, ordinaria y habitualmente deba desplazarse de su sede de trabajo hacia otras diferentes, en cuyo caso los viáticos sí tienen incidencia salarial.*
>
> *[…]*
>
> *Con otras palabras, a la luz del artículo 130 del Código Sustantivo de Trabajo y de la jurisprudencia que le ha señalado alcance, para que los viáticos tengan carácter permanente, y por ende incidencia salarial, es indispensable que se configuren las siguientes condiciones:*
>
> *(i) que tengan carácter habitual, esto es que se otorguen de manera ordinaria o regular, por razón de que el trabajador deba trasladarse frecuentemente de su domicilio contractual hacia otros lugares;*
>
> *(ii) que esos desplazamientos obedezcan a órdenes del empleador, quien con su poder subordinante está facultado para imponerle al trabajador el desarrollo temporal de sus funciones en sedes diferentes a la usual de sus servicios;*
>
> *(iii) que las actividades encargadas al trabajador en la comisión de servicios, estén relacionadas con las funciones propias del cargo del cual es titular, o de otras actividades que le encomiende su empleador. En este sentido, desde hace más de una década así lo adoctrinó la Sala al señalar, "que la hermenéutica propuesta por el recurrente en el sentido de que la permanencia implica que los viajes del empleado sean inherentes al servicio ordinario prometido por él, resulta ser restrictiva en exceso y por ello no se acomoda al sentido textual de la norma, ya que si bien no se remite a duda que los viáticos que percibe un trabajador itinerante son permanentes, puede darse que aunque las labores comunes del operario no impliquen por sí traslados, el empleador o sus representantes pueden decidir asignarle tareas que los comporten por un período tan significativo que los viáticos percibidos reúnan las características de habitualidad y frecuencia exigidas por la norma".*
>
> *(iv) que los viáticos se otorguen con el fin de cubrir los gastos correspondientes a manutención y alojamiento, lo que obliga al empleador a detallar qué monto de lo otorgado cubre tales gastos y cuánto corresponde a otros ítems, tales como los de transporte."*

Ahora, en torno a la discusión que propone el demandante recurrente, debe precisarse que en términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

En este orden, al pretender el demandante una sentencia acorde con lo deprecado en el líbelo inicial, tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable.

De ahí la necesidad específica del actor de probar los presupuestos de hecho que permiten la configuración de los viáticos permanentes, cuando se pretende de estos una reliquidación de acreencias laborales o pensionales, no siendo suficiente afirmar simplemente que se causaron, sino que imperativo resulta demostrar la obligación, toda vez que aseverar no es probar. A propósito, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4032-2017, reiterada en sentencia SL3865 -2020, se advirtió:

> *"(…) el demandante que demandó el pago de viáticos permanentes al igual que la reliquidación de las prestaciones sociales y la pensión por inclusión de factores salariales, era a quien le correspondía demostrar conforme a las reglas de la carga de la prueba, las aseveraciones contenidas en los hechos que soportan sus pretensiones, cuyo incumplimiento trae como consecuencia que las súplicas incoadas no sean acogidas o no puedan tener éxito, como en efecto ocurrió, para lo cual se rememora que «De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado» (Sentencia CSJ SL, 22 abril 2004, rad. 21779). De ahí que no se transgredió el artículo 177 del CPC hoy 167 del CGP."*

Efectuadas las anteriores precisiones, para esta Sala la providencia censurada no se advierte equivocada, pues como bien lo señala el Juez de primera instancia, las documentales aportadas por él con el fin de acreditar los viáticos de carácter permanente y de naturaleza salarial que recibió como auxiliar de vuelos internacionales de Avianca por alojamiento en hoteles durante el desarrollo de sus funciones, imponía como tal demostrar en forma clara los días en que pernoctó en el exterior, el hotel en el cual se alojó por cuenta de la demandada y el precio de alojamiento de dicho hotel, no siendo dable, como se pretende, trasladar la carga de la prueba a la demandada.
En ese hilo conductor, al revisar las documentales que militan a folios 109 a 112, 114 a 123, 125, 128 y 129, 132 a 134, 137 a 138, 141 a 142, 146, 148, 149, 151, 155, 156, 159, 161, 165 a 168, 172, 177, 180 a 182, 186, 187, 191 a 194, 197, 198, 200, 201, 203, 205 a 207, 209, 211, 214, 215, 217, 219, 220, 222, 224, 225, 228 a 231, 234, 235, 239, 240, 245, 246, 248 a 250, 252 a 255, 257 a 260, 262 a 265, 268 a 269, 271 a 224, 277, 278, 280, 282 a 284, 286 a 288, 290, 292, 294, 295, 299, 300, 303, 304, 307, 308, 310 a 316, 318 a 320, 323, 324, 326 a 328, 331, 333 a 337, 341, 342, 344 a 348, 351 a 354, 356 a 359, 365 a 369, 371 a 380, 385 a 386, 393, 396, 398, 399, 401, 404 a 406, 408, 409, 410, 415, 418 a 421, 425, 426, 428, 430, 431, 460 a 475, 478, 481 y 485, todos estos del cuaderno inicial y que fueron allegados por el accionante, se observa que los mismos corresponden a documentos que en idioma extranjero que no pueden ser tenidos en cuenta para los efectos

que se pretenden, pues ha de tenerse en cuenta que para que pudiesen haber sido valorados dentro de este proceso, debieron traducirse al idioma castellano por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez en los términos del artículo 251 del C.G.P., situación aquella que no se cumplió en momento oportuno.

Además, tampoco es posible colegir los viáticos a partir de los itinerarios de vuelo que ordenó Avianca al señor Mendoza Ávila, pues de allí no se puede esclarecer en qué ocasiones y con qué frecuencia se hospedó en los hoteles, si el actor tuvo gastos por hospedaje y alimentación, ni se discriminaron los recorridos con pernoctación. Menos aún establecer el valor del alojamiento o estadía a partir de las tarifas de los hoteles que referenció el actor, en tanto que sus precios o costos no fueron detallados en la fecha en que el actor cumplió su itinerario. En todo caso, según las reglas de la experiencia, las tarifas de hospedaje y alimentación en determinado hotel están atadas a un amplio número de circunstancias, entre esas, a la temporada, calidad y cantidad de personas; por lo que ni siquiera es dable tenerlas en cuenta como medio de prueba.

Ahora bien, en lo atinente a la argumentación que presenta el recurrente en contra de la sentencia de primera instancia basada en que la demandada, pese a que fue requerida por el juez de primera instancia, debió allegar las pruebas pertinentes para la demostración de los viáticos, en tanto a que ella le correspondió la carga de la prueba; dicha inferencia quedó zanjada pues efectivamente como bien se anunció en procedencia, la citada carga de la prueba recayó exclusivamente de la parte actora, en los términos del artículo 167 del C.G.P.

De lo anterior, surge evidente la improcedencia más allá del reconocimiento que hizo el a *quo* sobre las pretensiones perseguidas en el escrito primigenio. Y es que en este punto, cabe resaltar, que frente a los viáticos por concepto de hospedaje y alimentación que el juez de primera instancia encontró probados y que a su juicio tenían connotación salarial, por manera que debieron ser tenidos en cuenta para la liquidación exclusivamente de las vacaciones, por existir un mayor valor a lo pagado por la encartada, no existe discusión alguna en su causación, al punto que aunque la demandada referencia en su apelación que debe revocarse tal decisión, como quiera que el juez de primera instancia reconoció en las otras acreencias laborales que no existió diferencia en el valor pagado y el liquidado, lo cierto es que aquella ni siquiera se ocupó de especificar ni discriminar los conceptos que echo menos la sentencia censurada, para establecer que los viáticos reconocidos ya tuvieron incidencia salarial y que, por tanto, las vacaciones fueron cubiertas en su totalidad.

Por el contrario, no encuentra la Sala que a partir de las pruebas documentales que tomó para procurar la condena (facturas de los Hoteles Hilton, Dan Carlton Bucaramanga, Movich Hotel de Pereira, Hoteles Villasantos S.A.S., Hilton Colón Guayaquil, Suites Camino Real,) se haya incurrido en error, dado que con dichas pruebas si se demuestra viáticos generados por los viajes efectuados por el demandante dentro de la relación laboral y sus valores, lo cual confrontado con las mismas pruebas aportadas por la encartada, que hacen referencia al salario devengado por el actor y lo pagado por concepto de vacaciones, demuestran que existe una diferencia en su pago.

En tal contexto y sin más consideraciones, se sigue confirmar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia. Sin costas en esta instancia judicial.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de mayo de 2019, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ISNEILY ADRIANA MARTÍNEZ CARVAJAL***
DEMANDADO:	***ORGANIZACIÓN TERPEL SA***
RADICACIÓN:	***35-2017-00487-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA POR LAS PARTES***
TEMA:	***DESPIDO SIN JUSTA CAUSA – INDEMNIZACIÓN MORATORIA.***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Isneily Adriana Martínez Carvajal, instauró demanda ordinaria contra Organización Terpel S.A., con el propósito de que se declare la continuidad del contrato de trabajo y que el mismo fue terminado sin justa causa por el empleador. En consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor el pago de la indemnización por despido sin justa causa, moratoria, daños y perjuicios morales causados por el despido, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar a favor de la encartada el día 11 de noviembre del 2009 hasta el 10 de abril del año 2010, bajo la modalidad de contrato de aprendizaje Sena; que posteriormente se vínculo en misión a través de la empresa Ocupar Temporales el día 23 de junio de 2010 al 22 de junio de 2011, mediante un contrato a término fijo, para desempeñar el cargo de Asistente de Operaciones Regional Bucaramanga, sede Planta Chimita – Bucaramanga de la encartada; que dicho contrato fue renovado directamente por su empleador desde el 5 de julio de 2011 a mayo de 2012, fecha en la que fue modificada la modalidad del vínculo laboral a término indefinido.

Refirió que el 1 de noviembre de 2013, fue notificada del ascenso al cargo de Supervisor de Planta La Fortuna y en el desarrollo de sus funciones el 5 de diciembre del 2014, se presentaron fallas en las comunicaciones con el servidor principal del sistema Archestra, lo que afectó el sistema de automatización de despacho de combustibles de todas las plantas mayoristas a nivel nacional; que recibió un correo de la señora Martha Janneth Porras, ingeniera de aplicaciones corporativas autorizando para la activación de despachos en contingencia; así mismo, recibió una llamada telefónica por parte del señor Alberto Cortes, de Dolphin Ingenieria, donde le suministran el usuario genérico con su respectiva contraseña, con el fin de acceder a las QPanel y activar la contingencia autorizada.

Agregó que en el mes de mayo de 2015 solicitó al área de mantenimiento el cambio de una de las QPanel de las plataformas de despacho por falla continua y daño en el táctil; así mismo, refirió que se inició investigación a los funcionarios que laboran en la Planta La Fortuna, por movimientos no autorizados de combustibles y manipulación del inventario de almacenamiento, la cual, tuvo como consecuencia la desvinculación de tres operadores de planta y un representante de CAPI. Sostuvo que, durante el mes de agosto del mismo año, realizó y entregó un informe a la Dirección de Operaciones de la Regional Bucaramanga y ésta a su vez a la Vicepresidencia de Operaciones del estado de los equipos del múltiple de recibo por poliducto; que así mismo informó las fallas físicas de los tanques de almacenamiento, entre otras, variables que estaban afectando directamente la pérdida de combustible Biodiesel B2E.

Luego de realizar una descripción de la migración y actualización del sistema, solicitud de mantenimiento QPanel, visita técnica del contratista, desviación, validación y parametrización en las alertas de seguridad, señaló que se retiró a vacaciones en el periodo comprendido entre el 25 de noviembre hasta el 12 de diciembre de 2016, siendo su reemplazo el ingeniero David Rueda, quien asume temporalmente la supervisión de la planta La Fortuna; que después de llegar de disfrutar su vacaciones, fue trasladada a la ciudad de Cúcuta, para realizar un reemplazo como supervisora de la planta Villa del Rosario entre el 26 de diciembre de 2016 al 13 de febrero del año siguiente.

Sin embargo, ya estando en la planta La Fortuna, fue citada a diligencia de descargos como consecuencia de los hechos ocurridos el día 21 de marzo del 2017, por el presunto incumplimiento de sus funciones y obligaciones laborales, específicamente aquellas relacionadas con el suministro de su usuario y contraseña a los operadores de la planta; que el día 31 de marzo del 2017, recibió una carta notificando su desvinculación laboral, de conformidad a lo establecido en el artículo 62 del C.S.T., literal A, numeral 6. Por último, informó que se le consigna la suma de $3.511.474, por concepto de pago de su liquidación de prestaciones sociales hasta el día 25 de abril de2017, tardando 18 días más de lo estipulado por la empresa demandada. (fls. 2 a 26)

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que solo existió un contrato de trabajo desde el 5 de julio del 2011 hasta el 31 de marzo de 2017, el cual finalizó por justa causa imputable a la demandante ante los incumplimientos graves de las obligaciones legales y reglamentarias.

Señaló que entre el 18 de agosto de 2009 hasta el 11 de abril del 2010 se celebró un contrato de aprendizaje, el cual se rigió bajo los parámetros señalados en el artículo 30 de la Ley 789 del 2002; que entre el año 2010 y junio de 2011, no tuvo relación alguna con la demandante, como quiera que su vínculo fue con la empresa de servicios temporales Ocupar Temporales; aclarando que entre esa entidad y la demandada existió un contrato comercial, en desarrollo de la previsión contenida en los artículos 71 y s.s. de la Ley 50 de 1990, por lo que es posible que la demandante hubiere sido enviada como trabajador en misión para atender situaciones puntuales de incremento en la producción.

Ahora, puntualizó que en la diligencia de descargos y en la carta de terminación con justa causa, la demandante recibió un correo a las 8:15 AM por parte del ingeniero de Aplicaciones Corporativas respecto de una alerta generada en el sistema sobre unos movimientos generados en secuencia para el arranque manual del pazo de despacho número 6, frente al cual, la demandante remitió un correo indicando que dicha alerta provenía de un error en el sistema, lo que evidenciaba una negligencia en el desarrollo de sus funciones, pues en efecto se estaba realizando una manipulación indebida para la extracción de producto.

En ese sentido, aseguró que, en la diligencia de descargos, al preguntársele sobre las razones por las cuales había indicado que la alarma supuestamente correspondía a un error del sistema, ésta indicó que fue "*Por premura, no leí a que se refería y respondí apresuradamente sin verificar*", lo cual representa un incumplimiento grave a sus obligaciones legales y reglamentarias.

Indicó que posteriormente se remitió un correo por parte del ingeniero de Aplicaciones Corporativas indicando que la notificación realizada en primera instancia no fue un error, sino que en efecto, existió una manipulación indebida del sistema lo que generó la pérdida 249,50 galones de producto, situación que hubiese sido evitada, si la demandante en primera oportunidad (al momento de haber recibido el primer correo), hubiese revisado el sistema y el circuito cerrado de televisión, en los cuales se podía concluir con meridiana precisión que se trataba de una extracción indebida del producto.

Agregó que en la carta de terminación del contrato de trabajo, a la demandante se le puso de presente que las pérdidas presentadas en el primer bimestre del año 2017 se habían incrementado en un 62% en comparación con el mismo periodo del año 2016, situación que también representa un incumplimiento de las funciones legales y reglamentarias, pues dentro de las funciones que tenía la demandante como Supervisora de Planta, era velar por los activos de la Planta, situación que claramente no ocurrió, pues ésta no adoptó las medidas necesarias para evitar la pérdida del producto. Además, le puso de presente que el señor Michael Sandoval, se encontraba realizando desde hace más de 6 meses la extracción indebida del producto, sin que la demandante hubiese identificado dichos movimientos o hubiese ejercido algún tipo de control o verificación, lo que representó una negligencia en el desarrollo de las funciones.

Finalmente, afirmó que a la fecha no adeuda concepto alguno a favor de la demandante y en tal medida no es procedente el reconocimiento de la indemnización del artículo 65 del CST; además, ya que cuenta con un número significativo de personal, así como de procedimientos internos para realizar pagos, razón por la cual se tomó un tiempo razonable y justificable para proceder a realizar el pago, sin que esta situación se pueda considerar como un acto de mala fe. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe. (fls. 217 a 234).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de julio del 2019, en la que el fallador condenó a la demanda a pagar a favor de la demandante la indemnización establecida en el artículo 65 del CST, desde el 1 de abril del 2017 hasta el 25 de abril del 2017, en la suma de $3.481.667 y costas procesales. (Cd a fl. 535)

Para arribar a tal decisiva señaló que al expediente solo se allegó el contrato de aprendizaje y un contrato suscrito directamente con la organización Terpel; por lo que concluyó que de tales piezas existieron dos relaciones, la primera de ellas, mediante un contrato de aprendizaje entre el 11 de noviembre del 2009 al 10 de abril del 2010 y posteriormente, un contrato de trabajo a término fijo entre el 5 de julio de 2011, vínculo contractual que en comunicación del 1 de mayo del año 2012 fue modificado a término indefinido, vigente hasta el 31 de marzo del 2017. Respecto del salario, arguyó que este debe corresponder al que se indica en la liquidación final de prestaciones sociales, esto es, en la suma de $4.178.000.

Sentado lo anterior, respecto de la indemnización por despido sin justa causa, refirió que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde al trabajador demostrar el despido e incumbe al empleador demostrar que fue con una justa causa. Así las cosas, señaló que en el expediente obra

carta de terminación del contrato de trabajo aduciendo que, como resultado de la diligencia de descargos, la conducta de la demandante constituyó una falta grave de sus obligaciones legales y reglamentarias.

Por lo que luego de referirse a las demás pruebas obrantes en el plenario concluyó que la demandante se vio inmersa en una falta al no atender la alarma en debida forma acorde a sus funciones como supervisora de planta, situación esta que para los intereses de la compañía fue un detrimento constante, como quiera que se sustrajo el combustible que es la materia prima de su objeto social generando pérdidas a la empresa. Ahora, adujo que, frente a la calificación de grave de las conductas de la actora, evidenció de las pruebas evacuadas en el proceso que aquella estuvo enmarcada dentro de la causal literal "d" del artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo, la cual se constituye como una falta grave, coligiendo que es ajustada la decisión que tomó el empleador.

En lo atinente a la indemnización moratoria expuso que a la demandante le terminaron el contrato de trabajo el día 31 de marzo del año 2017 y que a folio 280 obra liquidación final del vínculo laboral. Pese a lo anterior, significó que la encartada no acreditó el pago a la finalización del nexo contractual, pues dicho pago tan solo se efectuó el día 25 de abril del 2017, sin que dentro del expediente se hubiese demostrado circunstancias que la exoneran o justificaran su retardo.

Finalmente, aludió que el núcleo de la pretensión de perjuicios morales deviene de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, no obstante, al encontrarse demostrada la justa causa, es decir, que el empleador actúo con sujeción a la norma sustancial, dispuso negar su pago.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación manifestando que el a quo desconoció varias pruebas que se aportaron dentro del proceso, donde eventualmente se acredita que la demandante cumplió a cabalidad sus funciones y que por esa razón resolvió el asunto ese mismo día que generó la alerta. De la misma manera, arguyó que, respecto de la calificación de la falta de acuerdo a la carta de terminación del contrato de trabajo, esta solo enuncia que era una falta grave, pero en ningún momento que se trataba de las contempladas en el reglamento interno de trabajo, sino con base en el artículo 58 y 60 del CST.

Adicionó que se desconocieron las razones por las que no dio en la primera alarma generada una respuesta optima; así mismo, no se tuvo en cuenta su ausencia de más de seis meses de la actora, especialmente en las vacaciones y el reemplazó que realizó en otra planta. Lo anterior, para significar que el director de operaciones, persona que la reemplazo, no expuso que la actora hubiere generado pérdidas en los inventarios dentro de este lapso. Aunado a que en el proceso se evidenció que es muy difícil detectar pérdidas mínimas, siendo así que la encartada nunca identificó o estableció un valor cierto frente a las mermas que se efectuaron durante los seis meses. (Cd a fl. 535)

4.2. Recurso de apelación demandada. Apeló parcialmente la sentencia, indicando que en la contestación de la demanda, en los hechos relacionados con las pretensiones sobre el pago de la indemnización moratoria, se aclaró que la organización maneja todo lo relacionado con el pago de sus trabajadores desde la ciudad de Bogotá, de manera que cuando termina el contrato de uno de sus empleados "*de una organización del tamaño Terpel, con el numero de trabajadores que tiene a nivel nacional, toda la información debe remitirse a la ciudad de Bogotá para que pueda ser analizada al área correspondiente y efectuar los cálculos y demás que corresponden a la liquidación*"; denotando, entonces,

que por esa razón se toma algunos días para realizar la liquidación y los cálculos correctamente; que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el empleador tiene un término razonable efectuar la liquidación y el pago de las acreencias laborales finales del contrato de trabajo.

Agrego que, en el calendario del año 2017, del 31 de marzo al 25 de abril en realidad transcurrieron dos semanas hábiles, en tanto que el área administrativa de la compañía labora de lunes a viernes y hubo semana santa. Bajo ese entendimiento, concluyó que tardó 10 días hábiles en efectuar la liquidación de acreencias laborales, término que es razonable. (Cd a fl. 535)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Alegatos parte demandante. En su escrito de alegaciones refirió que con base en las situaciones de modo, tiempo y lugar que narró y debidamente probadas, estableció que dar respuesta a un correo con ligereza no se configura una falta grave, ya que el fin principal era logar identificar la irregularidad, es decir, que si revisó los sistemas de información, especialmente la orden de carga relacionada con la alarma, identificando que hubo un movimiento sin orden de despacho, apoyándose en las gráficas de comportamiento del brazo de despacho número 6, procedimiento que se ve reflejado en el informe presentado, dando cumplimiento sus funciones y solicitudes realizadas, especialmente con el requerimientos solicitados a través de correo electrónico del 21 de marzo de 2017, ya que después de aclarar y ampliar la solicitud, inició la elaboración de informe de acuerdo a lo solicitado, ese mismo día no se generaron otras alarmas, es decir que se mitigó e identificó que había sucedido.

Adujó que el resultado de la investigación arrojó una irregularidad cometida por un operador diferente a la demandante, resultado que se entregó en mismo día – 21 de marzo de 2017; que es evidente la inexistencia del no cumplimiento a las obligaciones contractuales, ya que en ningún momento se le notificó e informó que era una función específica revisar de manera detallada todos los movimientos diarios. Además, que el cumplimiento de las obligaciones debía examinarse de manera conjunta, especialmente el resultado obtenido, que para este caso fue identificar el "hurto" de gasolina por parte de un trabajador de la planta, cuyo antecedente fue una alarma que generó el sistema por indebida manipulación del sistema, es decir que, si se revisó, se presentó el informe y se evidenció quien estaba cometiendo la falta.

5.2. Alegatos parte demandada. Señaló que el contrato a término indefinido que unía a mi representada y a la demandante finalizó por justa causa, tal y como se indicó en la carta de terminación, en razón a que después de la diligencia de descargos realizada por la Organización, se constataron los incumplimientos graves de las obligaciones legales y reglamentarias en que había incurrido la demandante.

Por otro lado, arguyó que siempre actuó con absoluta buena fe durante la vigencia de la relación laboral, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de la indemnización del artículo 65 del CST, pues ésta sólo se predica de deudores de mala fe, situación que no corresponde al presente caso, pues a la fecha no adeuda concepto alguno a favor de la demandante. Aclaró que es una Empresa que cuenta con un número significativo de personal, así como de procedimientos internos para realizar pagos, razón por la cual se tomó un tiempo razonable y justificable para proceder a realizar el pago, sin que esta situación se pueda considerar como un acto de mala fe.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

i) ¿El despido de la trabajadora por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende?

ii) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al condenar a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., sin valorar el tiempo mínimo que tardó entre la fecha de terminación del vínculo laboral y el pago de acreencias laborales, lo que desvirtuaba la presunción de mala fe?

Indemnización por despido sin justa causa del que trata el artículo 64 del C.S.T.

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales y el último salario devengado el actor. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no fueron recurridas por las partes, además, las mismas se corroboran con el contrato de trabajo y su modificación (folios 241 a 245), contrato de aprendizaje (folios 235 a 240), certificaciones laborales (folios 282 a 283) comunicación de terminación del contrato de trabajo (folios 118 y 119 y 277 y 278) y la liquidación de prestaciones sociales (folio 280).

Sentando lo anterior es menester señalar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto. Precisamente, en sentencia SL180-2018, se reiteró:

> *"Debe recordarse que en asuntos como el presente, corresponde al empleador, quien decide finalizar el vínculo de trabajo de manera unilateral invocando justas causas para ello, allegar las pruebas que den cuenta certera de la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de tal determinación. Esto, si pretende exonerarse de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, una vez demostrado el hecho del despido, tal como lo ha considerado esta Corporación de manera reiterada. En sentencia CSJ SL 13260-2016, se recordó cual es la carga de la prueba que le compete a cada una de las partes, cuando se discute la procedencia de la mencionada indemnización, al precisar lo siguiente:*
>
> *Ahora bien, jurisprudencialmente se ha establecido que a la luz del artículo 177 del C.P.C., la carga de la prueba referente al despido le corresponde al trabajador, pues sobre él gravita el deber de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a este, si es que anhela el éxito de su excepción, le incumbe justificarlo o, de lo contrario, habrá de responder por el hecho que dio al traste con la estabilidad laboral.*
>
> *En igual sentido se pronunció la Corte en sentencias CSJ SL5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014."*

Resaltando que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del C.S.T., se ha indicado que la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda alegar causales o motivos distintos, en tanto que, "… *no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral para tal efecto sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, ya que el sentido de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo*" (Corte Constitucional, sentencia C-594-97.)

Siendo ello así, a folios 261 a 262 se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo a la actora emitida por la encartada, donde se expone que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, literal a), numeral 6, en concordancia con el artículo 58 de la misma norma adjetiva, numeral 1.

Decisión que obedeció a que la demandante, según concluyó la accionada, incurrió en un procedimiento de despacho irregular sin orden de cargue de un vehículo en la planta La Fortuna, en la que es la Supervisora y tiene a cargo el control de inventarios, operación que no fue autorizada y, por ende, le generó la pérdida de producto de la empresa, acentuando que frente a dicha situación:

> *"el área de Tecnología le generó una alerta por movimientos generados desde la Quick Panel de despacho en secuencia para el arranque en manual del brazo de despacho primario No. 6 de la planta la Fortuna a través del uso de un usuario y clave a la cual no debían tener acceso los operadores, alerta a la cual usted no le prestó la atención debida y sólo hasta cuando le comunicaron la segunda alerta usted verificó en el sistema y en las cámaras del CCVT y se percató que en efecto se trató de un hurto de combustible.*
>
> *De igual forma, se le puso de presente que las pérdidas de la planta durante el año 2016 fuero de aproximadamente 560 millones de pesos por presunta fluctuación del producto, y durante enero y febrero de 2017 se habían incrementado las perdidas respecto al mismo periodo del 2016 en un 62%, actuación que resulta inaceptable para la Compañía pues representa un incumplimiento a sus obligaciones laborales pues usted no ha tomado todas las medidas necesarias para evitar la pérdida del producto, como realizar una verificación aleatoria de los movimientos manuales dentro de la planta.*
>
> *Frente a lo anterior, usted sostuvo en la diligencia de descargos que en lo concerniente a la primera alerta realizada por el área de tecnología "*(…) por premura, no leí a que se refería y respondí apresuradamente sin verificar (…)"*, así mismo, indicó que solo hasta que le generaron la segunda alerta utilizó las herramientas que se encontraban a su cargo como el TREND y los videos de seguridad para verificar lo que estaba sucediendo y constató que en efecto se produjo una perdida irregular del producto, de igual manera, indicó que de no haberse realizado la segunda alerta usted no hubiera revisado, ni verificado la situación, repuestas que son inaceptables por la Compañía, pues debido a situaciones como estas y la falta de implementación de medidas adicionales se han presentado a lo corrido del año un número importante de pérdidas de producto en la planta que se encuentra a su cargo, representando un perjuicio económico para la Organización, lo anterior de acuerdo a lo aceptado en diligencia de descargos por el operador de planta Michael Sandoval quien era trabajador subordinado suyo y reconoció haber hecho uso irregular del usuario y clave desde la Quick Panel y haber extraído producto irregularmente de la planta a su cargo al menos durante los últimos seis meses sin que usted se diera cuenta de lo ocurrido.*
>
> *En virtud de lo expuesto, su conducta constituye una falta grave a sus obligaciones laborales, legales y reglamentarias, que no puede ser aceptada por la Compañía pues su falta de control pone en riesgo los ingresos e inventarios de ésta, así como, afecta directamente la confianza que en usted había sido depositada."*

Como se observa la demandada comunicó a su trabajadora los hechos y motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales se fundamentaron en la citación y descargos realizados por la empleadora, pues así se predica de su simple lectura. Al evidenciarse que la demandada cumplió con el deber de comunicarle a su trabajador las causas y motivos de su decisión, surge para la Sala estudiar si la encartada acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa; para ello, es decir, con el fin de establecer si los hechos invocados ocurrieron, se examinarán las pruebas aportadas al plenario:

A folio 246 del expediente obra citación a rendir descargos del 22 de marzo de 2017, a fin de oír sus explicaciones frente al presunto incumplimiento de sus funciones y obligaciones laborales, específicamente aquellas relacionadas con el suministro de su usuario y contraseña a los operadores de la planta La Fortuna.

Con tal propósito, a folios 247 a 252 vuelto del expediente aparece el acta de descargos rendidos por la actora, donde le fue indagada sobre los hechos que con posterioridad motivaron su despido; al respecto luego de citar sus funciones asignadas como Supervisora de Planta, señaló que las claves y los usuarios son de manejo personal e intransferible, por lo que debía seguir con la política de seguridad informática; que durante el año 2016 las pérdidas totales de la planta La Fortuna ascendieron a la suma de 560 millones y para el periodo de enero y febrero de 2016, la suma de 151 millones. Así, explicó los controles que ha implementando desde la VP de Operaciones y Logística para reducir las pérdidas, como también los controles que ejecuta en los movimientos manuales.

No obstante, al ser interrogada sobre los motivos por los cuales el día 21 de marzo del 2017 cuando el ingeniero de Aplicaciones Corporativas le preguntó por la alerta sobre movimientos generados en secuencia para el arranque en manual del brazo de despacho primario No. 6 informó que se trataba de un error, respondió "*Por premura, no leí a que se refería y respondí apresuradamente sin verificar*"; de modo que aceptó la gravedad de un encendido manual de bomba o alteración de factores sin su autorización, pero reiteró que *"no verifique que no había un usuario relacionado en la alerta y respondí bajo el conocimiento de la última visita hecha por el proveedor y las modificaciones que se hicieron al rol de cada usuario"*.

Además, consideró que no fue efectiva su labor como supervisora de planta La Fortuna al responder a la ligera una alerta de movimiento manual, más sin embargo, cuando recibió la primera alerta "*el primer pensamiento que tuve fue sobre el error por la mala interpretación que le di a la alerta, cuando se me aclaro por que se había generado en ese momento si verifique el TREND y los videos de seguridad y genere el informe*", en el que detectó "*que había un movimiento adicional a un despacho por el llenadero que no está ligado a ninguna orden de cargue y que este movimiento no había quedado registrado en el Wonder, luego valide los videos de seguridad para mirar la secuencia en que se había generado la alerta y me dije que había un movimiento anormal en la plataforma.*"

Añadió en la citada diligencia que la clave con la que ingresaron los operadores a las pantallas Quick panel, informática le indicó que fue con el comando jefe con que cuenta, la cual es una clave genérica de acceso "*a otros funcionarios de la compañía que se ha entregado de manera abierta por parte del proveedor Dolphin ingeniería y adicional no está completamente cubierta por los controles de la política de seguridad en lo referente a caducidad, bloque en ausencias temporales o renombramiento, caducidad porque desde el 2013 tiene la misma contraseña, es decir no ha vencido como sucede con las otras*

claves de la compañía, renombramiento porque cuando se presentan ausencias temporales la clave debe ser bloqueada y renombrada y esta nunca ha sido bloqueada ni renombrada". Finalmente, aseguró que fue consciente de que el operador Michael Sandoval despachó 249.50 galones sin una orden de cargue al vehículo de placas TPC413 y sin ser el operador de llenadero, pero aclaró que dicho trabajador bajo con la muestra de combustible que estaba tomando. Aunado aceptó que la falta que cometió era grave, sin embargo, adujó que "*mis controles no daban hasta ese punto"*

Al plenario se allegaron además las declaraciones de los señores Fabian David Rada González (Director de Ingeniería), Jaime Guerrero Gamboa (Director de Operaciones y Logística) y David Fernando Rueda Mendoza (Jefe de Planta), testigos todos de la parte accionada, quienes fueron enfáticos y coincidentes en señalar que la demandante como supervisora de la planta La Fortuna, tenía a cargo toda la operación de la planta, cuya función específica estaba atada al recibo de producto, almacenamiento, control de inventarios y despacho de productos (combustibles derivados del petróleo). En razón a ello, refirieron que el día 21 de marzo de 2017, le notificaron acerca de un encendido de una bomba en forma manual, razón por la cual debió hacer una investigación, apoyándose en los sistemas que tiene para validar la condición que motivo la alarma, pues esto estuvo asociado a una irregularidad. Sin embargo, pese a que se le informó sobre la irregularidad presentada en dos ocasiones, esta adujó que el error provenía del sistema, y no realizó el protocolo debido, esto es, revisar la lógica del programa, validar las herramientas y diagnosticar cual fue la situación, lo que llevó a que se sustrajera combustible por parte de un trabajador.

A propósito, significaron sobre esto último que la sustracción del producto fue realizada por Michael Sandoval, quien contaba con el usuario y la clave de la aquí actora para realizar manualmente la apertura de la bomba, situación que venía realizando durante seis meses, pues así lo depuso en la diligencia de descargos que llevó a cabo ante el mismo empleador. Explicaron que, si bien el usuario era genérico, dado que se mantenía en el tiempo, no obstante, advirtieron que la clave era de conocimiento único, exclusivo y personal de la señora Isneily Adriana, quien a su vez tenía la facultad de modificarla. Insistiendo que dicha situación le trajo a la empresa detrimento patrimonial, en tanto que era constante la pérdida del producto que comercializa, por lo que la demandante debió tomar todas las medidas pertinentes y necesarias para evitar la sustracción del combustible, además, porque había sido capacitada para ello.

Del mismo modo, en el plenario obra diligencia de interrogatorio de la accionante, en el que afirmó que tenía la función de supervisar la planta la Fortuna, como quiera que estaba a su cargo toda la operación de la planta, entre eso, recibo, controlar inventarios y despacho. Depuso que el error lo cometió uno de sus operadores y no ella, además, no tenía conocimiento de los malos manejos por parte del señor Michael Sandoval, como quiera que todos los meses realizaba un inventario de las pérdidas y ganancias, lo cual no superaba el 0.5%, ultimando que su trabajo era la de supervisar su trabajo, mas no de sus acciones.

De conformidad con el caudal probatorio antes anotado, no cabe duda alguna a esta Sala que la conducta endilgada a la trabajadora hoy demandante por parte de la demandada en la carta de terminación del contrato de trabajo, con fundamento en la norma sustantiva laboral, se encuentra ajustada a la realidad, siendo factible concluir, que aquella fue despedida con justa causa. Lo anterior, por cuanto la demandante aceptó ante su empleador la conducta que se le reprocha, en tanto, que adujó que en efecto no realizó la respectiva incursión sobre los eventos que se le estaban comunicando por parte de la ingeniera de Aplicaciones Corporativas, todo lo cual llevó a que se sustrajera combustible por parte de un trabajador a su cargo.

Haciendo notar que si bien es cierto que el a quo no señaló expresamente las razones sobre las cuales llevó a la actora a excusar su omisión, cuyo reproche se realizó en el recurso, también lo es que los motivos justificantes de esa circunstancia no llevan a conclusión distinta a que la actora omitió el cumplimiento de sus deberes como Supervisora de la planta, en razón a que de los medios de convicción emerge sin equívocos que la actora fue compelida a dos requerimientos por parte del empleador para el día 21 de marzo del 2017; el primero de aquellos en correo electrónico de las 8:16 de la mañana, mediante la cual se le puso de presente la anomalía que se estaba presentando en la apertura de una válvula en forma manual, a lo que respondió la demandante a las 9:00 de la mañana, "*Diana el archestra no tiene ningún usuario ingresado desde las 6:00 am. En la última visita de Dolphin se quitó esta condición a los operadores de planta. Ninguno puede pasar a manual al arranque de niguna bomba. El técnico de mantenimiento no se encuentra en la planta. Si se generó esta alarma fue un error del sistema.*" (Cd a folio 472)

Mientras que el segundo mediante correo electrónico de las 15:38 de la tarde, mismo en el que se le reiteró "*Este tipo de eventos, se hicieron desde la QPANEL usando la clave de Jefe (Incumpliendo las políticas de seguridad de la compañía), la restricción que se realizó fue solo para el perfil operador en los dos sistemas. A continuación el detalle del evento. (…) Teniendo en cuenta ese análisis, agradezco por favor tu revisión y justificación. Los eventos que se relacionan en la parte superior fueron enviados por correo a los que relacionaste la misma justificación.*"; a lo que respondió la demandante pasados dos minutos "*Diana absolutamente nadie ha tocado las pantallas y la única que maneja la clave soy yo. No hubo ningún evento al respecto que requiera que se intervengan las pantallas.*" (Cd a folio 472)

Incluso, tal requerimiento solo lo vino a cumplir a las 17:30 de la tarde, mediante "Acta de Operaciones" a folios 341 a 354 del expediente. Lo que descarta las justificaciones que aduce la actora no fueron tenidas en cuenta por el juez de primera instancia. Por el contrario, corroboran sus razonamientos, esto es que la actora no cumplió con sus obligaciones contractuales, como quiera que omitió tan pronto como se le solicitó la verificación del evento que ocurrió el día 21 de marzo del 2017 y que su resultado llevó a que se le produjera daños a la encartada.

Ahora, en manera alguna puede tener justificación el hecho de que la conducta que se le reprocha provino de un trabajador cuyas acciones no deben ser compiladas a ella, en razón a que, como se vio, el haz probatorio indica que la actora no cumplió con su deber de realizar la investigación acerca del evento acontecido; aunado a que como superior jerárquico del trabajador, aquella tenía la función de dirigir al trabajador, y entre esas, cosas supervisar la labor ejercida por este, por lo que tan pronto como tuvo conocimiento de la anomalía debió indagar acerca de ello y realizar los correctivos pertinentes, al mismo tiempo, por cuanto en ella descansaba fundamentalmente la responsabilidad de controlar y verificar los procesos de abastecimiento, almacenamiento y despacho, conforme a las sujeciones de la otrora empleadora.

Por consiguiente, independiente de que la actora se ausentara durante el disfrute de sus vacaciones o reemplazo que llevó a cabo en otra planta de propiedad de la encartada, no se detectarán pérdidas en el producto durante los seis meses o en sumo se estableciera un valor cierto frente a las mermas que sufrió la compañía pasiva, si omitió cumplir con sus obligaciones de manera diligente, ello con el fin de evitar pérdidas de lo que se le confió, hecho que sin duda permitió al empleador colegir el quebramiento de la norma sustantiva.

Aquí la Sala debe resaltar que al estar plenamente acreditado que la demandante, en su calidad de supervisora de la planta La Fortuna incumplió con indagar y realizar los correctivos como le fuesen pedidos por su empleador, comportamiento aquel que constituye una falta a las obligaciones, condujo a la encartada terminar el contrato de trabajo con justa causa, bajo lo dispuesto en el artículo 62 literal a) numeral 6 del CST, en concordancia con el numeral primero del artículo 58 ejusdem, que exigen a la trabajadora acatar las órdenes e instrucciones que imparte su empleador, norma que no solo se armoniza con lo dispuesto en el literal "d" artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo, sino, además, con el artículo 43 de la misma preceptiva, que demanda a la trabajadora comunicar oportunamente, las observaciones que tiendan a evitarle daños y perjuicios.

Corolario de lo expuesto y demostrado como se encuentra que la señora ISNEILY ADRIANA MARTÍNEZ CARVAJAL no le asiste el derecho a la indemnización pretendida pues no se demostró que su despido fuera injusto a la luz de la legislación sustantiva nacional, se confirmará en este punto la sentencia proferida en primer grado.

Indemnización moratoria

En lo concerniente a la sanción moratoria, cumple recordar que el artículo 65 de la norma sustantiva laboral dispone que para el caso en que el empleador al término del contrato de trabajo no pague al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudadas, deberá reconocer el equivalente a un día de salario por cada día de retraso, que corre hasta por 24 meses y a partir del mes 25 se empiezan a deber intereses moratorios.

Conforme a ello y dada a la a la naturaleza eminentemente sancionatoria de la norma en cuestión, la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que su aplicación no puede ser automática, debiendo el funcionario judicial, antes de imponerla, verificar si el deudor tuvo alguna razón que justificara el no pago. Así se pronunció en sentencia SL109-2018, en la que señaló:

> *"**Indemnización moratoria por la falta de pago de las prestaciones***
> *En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad se consideró que «la Corte en desarrollo de su función de intepretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)».*"

De tal suerte que resulta indispensable estudiar los medios de pruebas arrimados por las partes para determinar si existió buena fe o no por parte del empleador entre el tiempo que demoró en el pago final de prestaciones sociales a la trabajadora aquí demandante.

Así las cosas, conforme se ha reseñado en precedencia, considera esta Sala que le asiste razón al sentenciador de primer grado, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de la conducta del empleador fue provista de buena fe para no haber sido entregada de forma inmediata la liquidación de prestaciones, toda vez que las razones dadas por la empresa solo quedaron en simples afirmaciones, las cuales, como bien es sabido, están lejos está de tenerse en cuenta, ya que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella.

De allí que no se observe ningún yerro en la decisión que tomó el a quo, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisoria del Juez primigenio. Sin costas en esta instancia judicial.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de julio del 2019, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***OVIDIO LIZ TROCHEZ***
DEMANDADO:	***COLUMBIA COAL COMPANY SA.***
RADICACIÓN:	***30-2017-00439-01***
ASUNTO:	***GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA***
TEMA:	***SALARIO A DESTAJO***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ovidio Liz Trochez instauró demanda ordinaria contra Columbia Coal Company, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual terminó de manera unilateral con justa causa el día 3 de marzo del 2016. En consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor al pago del salario o sueldo que se pactó en el contrato de trabajo; la diferencia entre la desmejora del 30% en el valor que le cancelaban por las tareas de destajo, hecho de forma unilateral y el valor real que se le debió cancelar a partir del mes de agosto del 2012; reajuste de auxilio de cesantía e intereses, primas legales, vacaciones, pensión de vejez, indexación, facultades ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 12 de julio del 2012 al 3 de marzo del 2016, relación laboral que terminó con justa causa. Refirió que en el contrato de trabajo en cuya cláusula segunda se pactó un salario de $433.700, sin embargo, el empleador jamás le canceló dicho salario en tanto que se lo pagaron por las tareas al destajo que realizaba.

Indicó que para liquidarle el salario al destajo la empresa estableció una tabla de precios por tareas, la cual modificó de manera unilateral, debido a que dependiendo del comportamiento que tuvo el precio del coque y el carbón a nivel nacional e internacional. En razón a ello, desde el mes de agosto del año 2012, decidió rebajar el valor establecido en las tareas al destajo en un porcentaje del 30%, sin hacer ningún acuerdo con sus trabajadores, sin obtener permiso del Ministerio de Trabajo, lo cual le afectó de manera directa los salarios en la modalidad pactada. (fls. 59 a 69)

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, a excepción de la relacionada con la existencia de la relación laboral. Argumentó que siempre pagó al actor por concepto de salario la suma acordada, la cual era variable dependiendo de las tareas realizadas y sobre ese valor se realizaron aportes al sistema general de seguridad social integral, se reconocieron y cancelaron todas y cada una de las prestaciones sociales y vacaciones. Agregó que nunca se le desmejoró ni se le disminuyó, como tampoco se le dejó de pagar suma alguna al demandante, como quiera que cuenta con una política de productividad, la cual consiste en que la remuneración variable percibida por cada trabajador se efectúa de acuerdo a las actividades o tareas realizadas.

En ese sentido, adujó que en ningún momento le indicó que el pago sería con un salario base más el pago de actividades; además, el pago de las tareas efectuadas se realizaba dependiendo el precio del carbón en el mercado, por lo que el pago de las actividades no tenía un precio fijo. Propuso como excepciones de fondo las que denominó improcedencia de reliquidación, no vulneración a la remuneración mínima pactada, enriquecimiento sin causa, inexistencia de la obligación, actuación conforme a derecho, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, pago y genérica. (fls. 82 a 103).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de septiembre del 2019, en la que el fallador absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra, condenando en costas al aquí actor. (Cd a fl. 352)

Para arribar a tal decisiva señaló que la parte demandada acepta la existencia del contrato de trabajo a término indefinido del 12 de junio del año 2007 al 3 de marzo del 2016, terminación que fue producto de decisión unilateral y con justa causa. Ahora, en relación al salario indicó que cuando en los contratos de trabajo se establece a destajo pues la remuneración depende de las unidades de obras o labores que el trabajador realice en una jornada determinada.

En ese sentido, observó el contrato de trabajo celebrado entre las partes y que fue allegado por la parte demandada para significar la forma en que se retribuyó la prestación del servicio. Sin embargo, de las demás pruebas obrantes en el expediente, entre esos, los comprobantes de nómina le dieron la certeza de que se trato a destajo y, por ende, no recibió el salario mínimo legal vigente, en tanto que lo recibido fue superior.

Además, adujó que en el expediente obran unos valores denominados año a año, aquellos que reconoce la empresa como un salario variable por cada una de las tareas que desarrollen los trabajadores, encontrando que las tarifas asignadas a partir del 1 de septiembre del 2012, presentaron una disminución con relación a las tarifas que se venían liquidando en años anteriores. Por lo que en armonía a la facultad que tiene el empleador de modificar las condiciones de trabajo, en aplicación al ius variandi, encontró que el trabajador no demostró que realizó las mismas condiciones durante el tiempo que prestó sus servicios, para establecer con exactitud que efectivamente por un factor subjetivo dio lugar a una disminución del salario sin su consentimiento.

Por último, no encontró demostrado que el salario se afectará de manera palmaria los derechos mínimos e indiscutibles del trabajador, de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 del CST, y, por el contrario, se le están garantizando el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores.

4. Alegatos de conclusión parte demandada. En su escrito de alegaciones refirió que quedó plenamente demostrado la existencia de un contrato de trabajo que vinculó a las partes y en el cual, se pactó como remuneración, un salario mínimo; documento que figura a folios 104 y 105 del plenario donde se aprecia que como asignación salarial del aquí demandante para el año 2017, estipuló un salario mínimo legal mensual vigente, esto es, para la data en comento, la suma de $433.700, pagadero en quincenas.

Indicó que existe una política de productividad comunicada al trabajador, la cual le permitió la posibilidad de devengar un valor mayor al que se fijó en el contrato de trabajo, resaltando que la misma se encuentra escrita en los listados de tareas que obran a folios 261 a 271 del expediente, en los cuales se observa que al señor Ovidio Liz Trochez le cancelaba de acuerdo a la cantidad de tareas que realizaba en cada uno de los periodos y en ellos, se pueden observar las diferentes tareas que desarrolló en los diferentes años y que con el paso del tiempo, éstas tareas iban variando conforme a las condiciones allí descritas, esto es, de acuerdo al precio del carbón, a las condiciones variables de la industria de la minería, entre otras.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones de conformidad con el artículo 69 del CPT y de la S.S.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

i) ¿Cuál fue la modalidad salarial pactada entre las partes?

ii) ¿Se presentó desmejora salarial por la disminución de los valores de las tareas a destajo en forma unilateral por el empleador a partir del 1 de septiembre del 2012?

iii) ¿La encartada adeuda alguna acreencia salarial o prestacional al demandante en los términos solicitados en el escrito primigenio, como consecuencia de la desmejora salarial que aduce el demandante que acometió el empleador?

Contrato de trabajo y sus extremos cronológicos.

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, el extremo final y la forma en que terminó. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de la demanda, sino también se corroboran con el contrato de trabajo (folios 104 y 105), certificación laboral

(folio 249), comunicación de terminación del contrato de trabajo (folios 242 y 243) y la liquidación de prestaciones sociales (folio 246).

En lo atinente al extremo inicial corresponderá al señalado por la parte demandada, esto es 12 de junio del 2007, en tanto que la parte demandante no demostró conforme a los medios pruebas adosados al plenario que tuvo lugar el 12 de julio del 2012; por el contrario, lo que se colige de los medios de convicción que obran en el informativo, en especial del contrato de trabajo celebrado entre las partes, es que la relación laboral inició el 12 de junio del 2007 (folio 104). En esas condiciones, se tendrá dicho extremo de la relación y no otro conforme bien lo arguyó el a quo.

Salario a destajo.

Ahora, en relación a la problemática que concita la atención de la Sala, cumple memorar que acorde con lo dispuesto en el Art. 27 del CST todo trabajo dependiente debe ser remunerado y, es por ello que el artículo 132, establece en su numeral 1°:

> *"1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales."*

De lo anterior se desprende la libertad que tienen las partes de pactar la modalidad de salario para el caso la de destajo, aquel que se le paga no porque la labor se lleve a cabo en determinado tiempo, sino según por la cantidad de unidades ejecutadas que desarrolle en su jornada laboral y conforme a la tarea asignada; imponiéndose como límite que lo percibido por el trabajador no sea inferior al salario mínimo legal vigente o bien al fijado entre las partes, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

Efectuadas las anteriores precisiones, y con miras a establecer si la encartada desconoció dichos limites en tanto consideró el promotor del proceso que a partir del 1 de agosto del 2012 se desmejoró el valor que le cancelaban por las tareas al destajo, sin previo aviso y sin su consentimiento, desde ya advierte la Sala que, tal como lo indicó el Juez de primera instancia, no existe medio de persuasión que lleva a colegir que el dador de laborío menoscabo los derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador, al punto de que no puede deducirse que el monto que por concepto de salario recibido haya sido desmejorado por imposición unilateral y arbitraria de la empleadora.

Es de anotar que se allegó como prueba al informativo, el contrato de trabajo adosado a folios 104 y 105 del expediente, en el que se puede evidenciar la existencia de un acuerdo de voluntades entre el señor Ovidio Liz Trochez y la empresa COLUMBIA COAL COMPANY SA, mediante el cual, en materia salarial, pactaron la suma de $433.700, lo cual corresponde al salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de su suscripción, esto es, 13 de junio del año 2007.

Al igual, se allegaron los comprobantes de pago de nómina por el empleador, mismos que si se miran con detenimiento dan cuenta que el actor percibía un salario superior al mínimo legal mensual vigente, en tanto que allí se indicó que correspondió a la modalidad del destajo (folios 106 a 206); valores que se asignaban de acuerdo a las

tareas que desarrollan los trabajadores de la empresa demandada, metodología salarial que buscaba incentivar la productividad de estos, las cuales, según se indica a folios 261 a 271, "*están sujetas a la situación financiera de La Empresa y al mercado nacional e internacional del carbón y del coque y podrán ser ajustadas cuando la Empresa lo estime conveniente, esto es, que podrán subir o bajar, pero nunca el trabajador podrá devengar menos de lo que se ha pactado en su contrato de trabajo, puesto que la modalidad del destajo en un mecanismo para incentivar la productivo, pero en ningún caso podrá afectar los mínimos contemplados en el contrato laboral o la ley.*"

De ahí que a juicio de la Sala sea eficaz la forma en que se acordó el salario por la prestación del servicio del aquí actor a favor de la encartada, en la medida que, precisamente, no se pactó una remuneración por debajo de la mínima legal, que estaba atada a las tarifas que indicaba el empleador, y si bien es cierto que el precio de la unidad de medida para el año 2012 se disminuyó en un 30% frente al valor que se asignó para el año 2011, lo cierto es que por ello no se vulneró el derecho mínimo de raigambre legal, en tanto, que el actor siguió devengando una suma superior al salario acordado primeramente en el contrato de trabajo, esto es, el mínimo legal.

De hecho, del conglomerado de nóminas allegadas al plenario, así como el valor de las tareas entre los años 2012 a 2016, se evidencia que, en su salario a destajo en cada uno de los periodos señalados, siempre estuvieron por encima del salario mínimo, como quiera que para el año 2013 la tarifa de la unidad de medida ya no disminuyó en un 30%, sino aproximadamente en un 27.5%; en el año 2014 el 23%; para el año 2015 el 20%; para el año 2016 el 15%, todo con referencia al año 2011.

Luego lo que concluye la Sala es que nunca se le desmejoró el salario que devengó el trabajador en la prestación de sus servicios como minero, pues el salario a destajo estaba atado, como se vio, a las tarifas señaladas por su otrora empleadora, y por lo tanto, no podría decirse que existió una disminución arbitraria o unilateral del empleador, menos aun que se afectó derechos adquiridos o mínimos del trabajador, además, por cuanto todo apuntó a que el salario era superior al pactado en el contrato de trabajo.

En las condiciones anotadas, mal haría esta Sala en acceder a las pretensiones elevadas por la parte demandante, además, las anteriores consideraciones sirven para también enervar los planteamientos de la demanda en torno a que nunca recibió el salario mínimo y consecuentemente el pago de las tarifas anotadas en unidades de medida, pues tal y como se vio, la forma en que se remuneró la actividad personal del actor fue a destajo, en los términos del artículo 132 del CST.

En todo caso, debe dejarse claro que tampoco el demandante allegó ningún medio de prueba para corroborar su dicho, es decir, que entre las partes se haya pactado esa forma de remunerar sus servicios personales, de ahí que no existiendo medio de convicción más que el propio dicho de la parte demandante, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisoria del Juez primigenio.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de septiembre del 2019, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***DORA MERCEDES RINCÓN SÁNCHEZ***
DEMANDADAS:	***COLPENSIONES-AFP COLFONDOS Y PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***1100131050-35-2018-00259-01 / 02***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO – LLAMAMIENTO EN GARANTÍA***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

AUTO Y SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Dora Mercedes Rincón Sánchez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, con el propósito de que se declare la nulidad de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos y que AFP Porvenir S.A., debe ordenar el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Como consecuencia de ello, condenar a la AFP Porvenir S.A. enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional; a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales; a Colpensiones a aceptar el retorno al RPMD, recibiendo todos los aportes, rendimientos financieros y cobros de administración; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, las costas del proceso. (Expediente electrónico, PDF 01.2018-00259-00, folios 2 y s.s.)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que estuvo vinculada legalmente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta que el asesor de Colfondos S.A. la indujo en error de manera equivoca al trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, en tanto que dicho fondo le informó que no perdería

los beneficios pensionales; que posteriormente se trasladó a la AFP Porvenir S.A., actual administradora de su capital ahorrado.

Refirió que los fondos no le indicaron los eventuales riesgos que podía tener al trasladarse al RAIS, de modo que no le suministraron información consistente, veraz y objetiva al momento del traslado, ni le realizaron una proyección del valor de la mesada pensional, por lo que fue un acto que trasgredió su pleno consentimiento y libre determinación.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, por considerar que la demandante es una persona con capacidad, lo que significa que puede realizar actos jurídicos; que el contrato tiene plena validez como los son el objeto, causa y capacidad, además, no evidencia ningún vicio del consentimiento, por lo que el traslado realizado se encuentra revestido de legalidad y vigente. Refirió que la demandante se afilió al RAIS estando consciente de que su cambio se encontraba condicionado por normas diferentes a las que rigen el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que su afiliación goza de plena validez jurídica y, por ende, no se debe autorizar el traslado de régimen. Propuso como excepciones de fondos las que denominó inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF 01.2018-00259-00, folios 42 a 46)

4. Contestación de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. En su escrito de contestación se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, argumentando que la demandante tomó una decisión informada y consiente, lo cual, en señalar de ello, suscribió el formulario de vinculación o traslado, mediante el cual manifestó su pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de vinculación, ya que con su firma dejo constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al régimen de ahorro individual con solidaridad; de manera que no puede ahora aducir que no conocía del tema por falta de asesoría o información.

Sostuvo que no es procedente afirmar que se transgredió el consentimiento y libre determinación siete veces en que realizó traslados a otras AFP. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y genérica. (Expediente electrónico, PDF 01.2018-00259-00, folios 62 a 75)

5. Contestación de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías. En su contestación se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, argumentando que el contrato de afiliación celebrado con la demandante es plenamente valido y produjo efectos jurídicos, puesto que en los mismos confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento ni se ocultó información a la firma del contrato y, por el contrario, suscribió válidamente su formulario de traslado y su decisión estuvo exenta de cualquier engaño o error que pudiera ser provocado por los asesores comerciales, en tanto que estos últimos están debidamente capacitados para dar

toda la información relevante y necesaria para orientar a las personas en sus posibles inquietudes respecto del RAIS, de manera que pudieran tomar una decisión libre, espontanea e informada. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF 01.2018-00259-00, folios 124 a 134)

6. Contestación de Skandia Pensiones y Cesantías S.A. En auto del 11 de noviembre de 2020, se ordenó su vinculación a fin de integrar en debida forma el contradictorio, razón por la cual, una vez la sociedad se notificó, en su escrito de intervención se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda. En su defensa expuso que la afiliación al fondo de pensiones no se efectuó como traslado de régimen pensional, sino como traslado de AFP y, por ende, su situación pensional no sufrió cambios al realizar el traslado entre administradoras del RAIS, convalidando su decisión de seguir perteneciendo al RAIS. Arguyó que la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte de la afiliada, por lo que, en tal sentido, al seleccionar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Más aún cuando el traslado provino de la Porvenir y no de una entidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 10. 2018-259 Juz 35 contestación Dora Mercedes Rincón Sánchez)

7. Auto apelado. En audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, celebrada el 17 de febrero del 2021, el Juzgado se dispuso a negar el llamamiento de garantía solicitado por Skandia Pensiones y Cesantías S.A. en tanto consideró que la póliza tuvo únicamente como fin asegurar los riesgos de invalidez y muerte de la afiliada y las pretensiones de la demanda buscan la ineficacia del traslado que realizó la demandada del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, por manera que no encuentra su procedencia como quiera que no hay un derecho legal o contractual del cual se desprenda que la aseguradora deba sufragar gastos o indemnizaciones a la que se vea afectada la AFP solicitante ante una eventual condena. (Expediente electrónico, audio 19. 2018-00259-20210217_110322-Grabación de la reunión)

8. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, el apoderado de Skandia Pensiones y Cesantías S.A. formuló recurso de reposición y en subsidio apelación señalando que *"...si bien es cierto lo que se acaba de motivar en el auto aquí proferido no es menos cierto que en este caso al tratarse de una ineficacia como bien se señaló en el precitado auto, en este caso y en una eventualidad de ser una fallo acogedor a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia por ineficacia implicaría inmediatamente una orden de devolver hacia Colpensiones unos gastos de administración y esos gastos de administración no se encuentran en las arcas de la entidad y, por tanto, debe ser llamado a juicio a este proceso específicamente a las aseguradoras siendo ellas quien desde el momento se afilió a la aquí demandante y hasta la finalización de su vinculación con mi representada contó con dicha cobertura. Por ende, se hace necesario e indispensable en este tipo de juicios de ineficacia del traslado llamar en garantía a la*

aseguradora respectiva que finalmente fue la que recibió los gastos de administración (…)"
(Expediente electrónico, audio 19. 2018-00259-20210217_110322-Grabación de la reunión)

9. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de febrero del 2021 en la que el fallador absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante y la condenó en costas. (Expediente electrónico, audio 19. 2018-00259-20210217_110322-Grabación de la reunión)

La decisión del Juez se basó, en que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia da cuenta de unos pasos a seguir de quien busca la ineficacia del traslado, en tanto que quien demanda no genera automáticamente su traslado; seguido manifestó que en el presente asunto no se trata de un traslado por régimen de transición; así las cosas, refirió que Colfondos inicialmente tiene la carga de la prueba, por tanto, es a quien le corresponde demostrar que le brindó toda la información a la demandante, para que adoptara la decisión que le fuera más favorable en cuanto al régimen pensional.

En ese sentido, arguyó que la demanda no allegó prueba que permitiera concluir que la actora contó con la suficiente información al momento de su traslado, sin embargo, consideró que si bien se indicó en la demanda que la falta de información le generó un perjuicio como quiera que su mesada le sería inferior a la que podría percibir en el régimen de prima media con prestación definida, lo cierto es que la demandante no probó la lesión a su derecho pensional en términos de cuantía, por lo que al no estar demostrado el perjuicio, impide acceder a las pretensiones, siguiendo precisamente la sentencia SL2914-2020.

10. Impugnación y límites del ad quem.

10.1. Recurso de apelación del demandante. Formuló recurso de apelación indicando que conforme a las consideraciones expuestas por el a quo, la demandante no logró probar ningún perjuicio causado por la decisión que tomó en su momento para trasladarse de un régimen a otro, sin embargo, precisó que son las entidades pensionales las encargadas de establecer las proyecciones de las mesadas pensionales y las circunstancias de las personas que se van a afiliar al fondo, en tanto que tienen el personal idóneo para establecer de forma clara y concreta cuáles son los valores que directamente van a reconocer a la persona afiliada.

En ese sentido, sostuvo que Porvenir S.A. no allegó la prueba requerida mediante la cual le solicitó las proyecciones necesarias para que el Despacho contará condicha información al momento de establecerse la sentencia. Sin embargo, anotó que es claro que las condiciones pensionales cambian en los dos regímenes, en tanto que en el régimen de ahorro individual se exige un capital necesario, mientras que en el otro régimen semanas y adquirir una edad, liquidada conforme a lo devengado en los últimos diez años.

Ultimó que la CSJ estableció de forma clara que la ineficacia de la afiliación deviene también de establecer cuáles eran esas condiciones y circunstancias en las que la demandante se podría pensionar, por lo que si al momento de su afiliación no tenía conocimiento como tampoco contaba con esa información a lo largo de surtir las afiliaciones a los distintos fondos pensionales, no se le podría endilgar la carga de la

prueba, es decir, cuál era el valor de la mesada que le podría corresponder a una AFP, cuando el fondo tenía que suministrar esa información.

11. Alegatos de conclusión.

11.1 Skandia Pensiones y Cesantías S.A. En su escrito de alegaciones solicitó se confirme la sentencia de primera instancia en lo que le concierne.

11.2. Colpensiones. Indicó que la demandante al momento de la solicitud del retorno al RPM, 12 de diciembre de 2017 ya contaba con 54 años pues nació el 9 de diciembre de 1963, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Agregó que su interés siempre fue buscar un mejor rendimiento de sus aportes por la solidez del Régimen de Ahorro Individual. Lo anterior, da cuenta de los múltiples traslados horizontales que realizó en RAIS, en total ocho.

11.3. Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Refirió que le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz.

Señaló que las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas del sistema general de pensiones, sin consideración a que esta norma propia indica que, será ineficaz un traslado, cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, y para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, también sin tener en cuenta los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Agregó que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento fue tachado ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

11.4. Parte demandante. Adujó que existe violación del precedente jurisprudencial, en tanto que si bien el fallo objeto de apelación hace una mención de las sentencias que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha venido emitiendo desde el año 2008 hasta la fecha, de una manera inaceptable e incomprensible introduce elementos distintos aquellos que el tribunal de cierre ha fijado para la aplicación del precedente jurisprudencial, desconociendo abiertamente que se daban las condiciones para la sujeción a este mandato judicial pues existía un problema jurídico semejante. 2) una semejanza en los hechos y la norma juzgada, 3) una similitud en los puntos de derecho y una identidad en la ratio decidende.

Indicó que al valorar los elementos probatorios debatidos y controvertidos dentro del proceso estableció que se buscaba establecer si los administradores de fondos de pensiones le brindaron una información precisa, exacta, suficiente, veraz,

oportuna, objetiva, comprobada, comprensible, necesaria, transparente; si fueron fieles a su deber del buen consejo, y el deber de una ilustración suficiente; premisas prefijadas por el tribunal de cierre en asuntos de ineficacia del traslado, las cuales fueron objeto de debate y demostración de su no materialización por parte de las AFP.

Agregó que al hacer análisis por minorizado de la decisión judicial, es evidente que no hay coherencia entre la parte motiva y la parte resolutiva, en tanto que el juzgador de primer grado establece claramente que las AFP no le brindaron información clara oportuna veraz, suficiente, eficaz, que existió una debía injerencia y violación al derecho de la libre elección, sin embargo, concluye que no existieron elementos para que se configure la ineficacia del traslado; como se ve del análisis probatorio y el criterio del juez esta no fue proporcionado ni razonado; y si impuso un criterio irracional que no respeto el principio de igualdad y quebranto el debido proceso, situación que se configura en un grave de aplicación de justicia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la demandada Skandia Pensiones y Cesantías S.A. frente al auto que negó el llamamiento en garantía y por la demandante respecto de la sentencia, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

- **Llamamiento en garantía.**

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar en primer lugar el siguiente **problema jurídico:**

i) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al negar el llamamiento en garantía de la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., en tanto que fue aquella a quien pago las primas del seguro previsional de invalidez y sobrevivientes de la demandante?

Sea lo primero indicar que el auto que deniegue la intervención de terceros es apelable en los términos del numeral 2° del artículo 65 del CPT y de la SS.

Para decidir sobre la legalidad de la providencia impugnada, mediante la cual negó el llamamiento en garantía de la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. solicitada por una de las codemandadas, se encuentra que la misma está sustentada en lo establecido en el art. 64 del C.G.P., norma aplicable en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del CPL y S, por cuanto a su juicio se hace necesaria su comparecencia en razón a que en cumplimiento a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, suscribió con la aseguradora contrato de seguro previsional para cubrir, principalmente, los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados, entre ellos la demandante, misma que tuvo vigencia del año 2013 a 2015. Se aduce que al suscribir el contrato de seguro asumió el pago de la prima correspondiente y que, por tanto, ya no cuenta con dichos recursos, es necesaria su vinculación al presente trámite judicial ante una posible orden de trasladar el total del aporte pensional a Colpensiones, junto con los gastos de administración.

En lo que hace al llamamiento en garantía, es del caso precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que este, con ocasión a la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que sus produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante primariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En otras palabras, es requisito *sine quanon* que exista un vínculo jurídico entre quien efectúa el llamado y el sujeto a quien se llama en garantía, que lo obligue por virtud de la relación legal o contractual que sostienen a indemnizar el perjuicio sufrido por aquel, como resultado de la sentencia que se imponga en la respectiva condena.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás.

Así pues, descendiendo al asunto objeto de estudio, se advierte que la petición elevada no cumple con dicha exigencia ya que si bien la parte demandada funda su solicitud en lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 en tanto que tienen a su cargo la contingencia de riesgo de invalidez y sobrevivencia, de ahí que la citada Ley autorice a contratar seguros, para lo cual deba sufragarse con un porcentaje del aporte pensional que realice la actora; ello por si solo no evidencia que dicha asegurada tenga como función garantizar patrimonialmente – que en últimas es la finalidad de la figura -, ninguna obligación que se contraiga a través de este juicio o que a su turno tenga que responder por los perjuicios que se llegaren a causar de la sentencia, como quiera que aquella solo le compete amparar riesgos de invalidez y sobrevivencia que como consecuencia de la afiliación de la promotora del proceso al fondo de pensiones codemandado, éste último tenga que sufragar.

Nótese que en la póliza allegada se registró como cobertura principal la de amparar la muerte e invalidez por riesgo común, incapacidad temporal y auxilio funerario, de allí que solo corresponda la limitación del riesgo asumido que hizo la aseguradora al momento de celebrar el contrato de seguro. Es más, tampoco la encartada ostenta un derecho legal del cual pueda servir para llamar a la citada aseguradora, pues contrario a lo dicho, no existe norma expresa que obligue a que esta aseguradora deba servir como garante frente al resarcimiento por los perjuicios que en dicho evento se llegaren a causar como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, pues es claro que la aseguradora llamada en garantía en su ejercicio, únicamente tiene a su cargo responder por las contingencias de invalidez y sobrevivencia, como consecuencia de la póliza que se suscribió y que asumió por el pago de la prima correspondiente.

En ese sentido, habrá de confirmarse la decisión, pero por las razones aquí anotadas en esta providencia.

Ineficacia de la afiliación.

Sentado lo anterior, corresponderá a esta solucionar el siguiente **problema jurídico:**

ii) ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante?

Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿Las AFPs privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Victoria Eugenia Durán Bahamón, cotizó al ISS entre el 22 de enero de 1986 al 1 de junio del año 1996, fecha para la cual se trasladó de régimen pensional administrado por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones y en el reporte SIAFP (fols. 47 a 48 y 81); que el 30 de junio del 2002, firmó el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fols. 76); el 20 de abril de 2010 se afilió a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías (fol. 77); el 1 de abril del 2014 se trasladó a Old Mutual (fol. 77); posteriormente retorno a la AFP Porvenir S.A. el 25 de abril del 2014 (fol. 78); el 3 de mayo del 2015 se afilió nuevamente a Old Mutual; el 15 de septiembre del 2015 a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías (fol. 191), y el y 23 de febrero del 2017 retorno a la AFP Porvenir s.a. (fol. 79), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la demandante.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que, contrario a lo dicho por el A quo y las codemandadas, la misma recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte

débil de la relación contractual, quienes en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, dejando en evidencia la inexistencia de prueba alguna dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **DORA MERCEDES RINCÓN SÁNCHEZ**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Formulario de afiliación

Es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir

puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con especifica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Colfondos sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no se constató en el presente caso.

Saneamiento de la ineficacia ante el traslado entre diferentes AFP dentro del RAIS

En relación con el problema jurídico que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que la demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, no resulta atendible lo argumentos expuestos por los fondos de pensiones codemandados en sus contestaciones de demanda.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, **ni afecta su sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberán asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida el 17 de febrero del 2021, para en su lugar declarar por esta Sala la **INEFICACIA** de la afiliación de **DORA MERCEDES RINCÓN SÁNCHEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se ordenará a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la demandante decidió trasladarse a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**.

Así mismo, se **ORDENARÁ** a esta última a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **DORA MERCEDES RINCÓN SÁNCHEZ**, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos administrativos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos e intereses se hubieren causado, sin que implique realizar deducción alguna. Finalmente, se **ORDENARÁ** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante, actualizar y corregir su

historia laboral una vez reciba los dineros de los fondos de pensiones codemandados.

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

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR el auto proferido en audiencia celebrada el 17 de febrero del 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante el cual negó el llamamiento en garantía de la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – REVOCAR la sentencia proferida el 17 de febrero del 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **DORA MERCEDES RINCÓN SÁNCHEZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada el 30 de abril del año 1996 a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, conforme a lo motivado.

TERCERO. – DECLARAR que para todos los efectos legales **DORA MERCEDES RINCÓN SÁNCHEZ**, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO. – CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, a trasladar con destino a la **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la demandante decidió trasladarse a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, de conformidad con lo motivado.

QUINTO. – CONDENAR a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, trasladar a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **DORA MERCEDES RINCÓN SÁNCHEZ**, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos administrativos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos e intereses, sin realizar deducción alguna, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. – CONDENAR a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de **DORA MERCEDES RINCÓN SÁNCHEZ**, actualizar y corregir su historia laboral, en armonía con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

SÉPTIMO. – DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

OCTAVO. – COSTAS en ambas instancias a cargo de cada una de las demandadas en los términos del numeral 4° del art. 366 del CGP. Se fijan como costas la suma de $850.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***PABLO ANDRÉS RODRÍGUEZ FERIA***
DEMANDADO:	***COLSUBSIDIO***
RADICACIÓN:	***33-2017-00263-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DE SENTENCIA PARTES***
TEMA:	***NIVELACIÓN SALARIAL Y BONOS***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Pablo Andrés Rodríguez Feria, instauró demanda ordinaria contra Colsubsidio, con el propósito de que se declare que fue vinculado en el cargo de médico general, para prestar sus servicios en el Centro Médico Ipanema y que por tanto tiene derecho que le reconozca y/o aplique la Resolución 1050 del 23 – 03 de 2010, expedida por el Ministerio de Protección Social por medio cual se reglamenta el servicio social obligatorio para los egresados del programa de educación superior del área de salud.

Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo, solicitó que se dispusiera a su favor al pago de las diferencias del salario pagado y el legal, de conformidad con el aducido acto administrativo; diferencias pagadas, por concepto de horas extras laboradas diurnas, nocturnas, dominicales y festivos; bono mensual de $500.000 durante toda la vigencia del contrato; reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones; indemnización moratoria; sanción por la no consignación de la cesantías, señalada en los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990; lo que resulte probado de acuerdo a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que terminó sus estudios de medicina y obtuvo el título de médico expedido por la Universidad de los Andes, por lo que, para obtener su registro médico, se inscribió a finales de 2015 ante el Ministerio de Salud, siendo sorteado para realizar el servicio social obligatorio en la demandada. En tal virtud, firmó el 30 de octubre de 2015 contrato escrito de trabajo a término fijo, para ejercer el cargo como médico general, en el Centro Médico de Ipanema; que el término de duración del contrato fue del 3 de noviembre de 2015 al 2 de noviembre de 2016, pactándose una remuneración de $2.600.000.

Indicó que trabajó 15 turnos de 12 horas continuas, sábados cumplió una jornada nocturna de trabajo de 7 Pm a domingo 7 Am; que en igual sentido trabajo dichos turnos, domingos de 7 Am a 7 Pm, y lunes festivo 7 Am a 7 Pm, los cuales, fueron remunerados como hora consulta, sin embargo, debió pagarlos como horas urgencias.

Agregó que el salario pagado durante toda la vigencia del contrato fue de $2.776.100 y en la liquidación del contrato que se realizó el 11 de noviembre de 2016, se desconocieron otros factores salariales, que conforme a derecho deben ser tenidos en cuenta, para establecer el salario promedio, sobre el cual debe liquidarse el contrato; que acompasando la Resolución 1050 del 23 – 03 de 2010 con el cargo estipulado en el contrato de trabajo resulta claro y contundente que debía ser remunerado con un salario igual al que percibe un médico general en la entidad demandada.

En ese sentido, señaló que la encartada en su página oficial en la internet, publicó una convocatoria dirigida a Médico general consulta externa, Restrepo, Ipanema, para vincularse con contrato de trabajo a término indefinido, con un salario mensual por turno de ocho (8) horas, jornada de la tarde de $3.458.000, más los auxilios allí contemplados; por lo que debió devengar la citada suma teniendo en cuenta que firmó contrato el 30 de octubre de 2015.

Finalmente, arguyó que la pasiva reconocía a un médico general un bono de $500.000 mensuales, adicionales al salario ya mencionado, por lo que le adeuda salarios, reajuste de lo pagado (consulta) a horas urgencias, la reliquidación del contrato, teniendo en cuenta a la normatividad vigente, y el bono mensual de $500.000, durante los doce (12) meses de ejecución del contrato laboral. (fls. 4 a 11).

2. Contestación de Colsubsidio. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta argumentando que desde el inicio de su vinculación y aun desde el momento en que se inscribió para prestar el servicio social obligatorio fue consciente que el cargo que iba a desempeñar era el de Médico Servicio Social Obligatorio, además, por en materia de servicio social obligatorio para egresados de los programas de educación superior en el área de la salud, no existe la Resolución 1050 de 2010 que se enuncia, por lo que considera que cumplió a cabalidad y en debida forma con el pago de todos y cada uno de los derechos laborales que le correspondieron al demandante.

Sobre los supuestos fácticos refirió que, conforme al diploma expedido por la Universidad de los Andes, acreditó su condición de egresado de un programa de educación superior del área de la salud, para vincularse para la prestación del Servicio Social Obligatorio, por lo salió favorecido con una plaza para prestar dicho servicio en uno de los establecimientos.

Arguyó que inicialmente las partes suscribieron contrato de trabajo en el que se especificaba que ocuparía el cargo de médico general, sin embargo, dicha circunstancia obedeció a un error que fue reconocido por el demandante a través del otro sí firmado el 2 de noviembre del 2015, donde se dejó claramente establecido que la denominación y, por tanto, las condiciones laborales del actor correspondían al cargo de médico servicio social obligatorio.

Por otro lado, indicó que la remuneración inicialmente pactada no fue la que rigió toda la contratación; prestó servicios en diferentes sedes, por lo que no siempre fueron turnos de urgencia, además, el horario que laboró fue sustancialmente diferente al que se menciona, poniendo de presente que el mismo siempre correspondió a la jornada

máxima legal. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, pago de lo debido, buena fe, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada, ausencia de moratoria por parte del empleador y prescripción. (fols. 58 a 70)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de noviembre del 2019, en la que el fallador declaró que el salario devengado por el señor Pablo Andrés Rodríguez Feria como médico de servicio social obligatorio en la Caja Colombiana de subsidio familiar Colsubsidio, fue para el año 2015 $2.821.500 pesos y para el año 2016 de $3.012.500.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a reajustar los salarios y prestaciones percibidas por el actor como médico de servicio de salud obligatorio a los devengado por un médico general de planta que cumple turnos de 7 horas diarias, de lunes a viernes más sábados cada quince días y a pagar al demandante las diferentes que resulten entre lo que pago y debió haber pagado por concepto de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos. Así mismo, al pago de un día de salario por cada día de retardo al pago de salarios y prestaciones sociales, lo cual conlleva al pago de la suma de $100.416,66 a partir del 3 noviembre del año 2016 y hasta que se produzca el pago de salarios y prestaciones sociales adeudadas. (CD fol. 147)

Para arribar a tal decisiva, señaló que de conformidad con el artículo 133 de la Ley 1164 del 2007, el artículo 15 de la Resolución 1058 de 2010 y los medios probatorios practicados en el proceso, no existe ninguna discusión en cuanto a que el actor prestó sus servicios como médico general para cumplir el servicio social obligatorio establecido en la citada Ley y resolución, entre el 3 de noviembre del año 2015 al 2 de noviembre del año 2016, devengado para el 2016 $2.600.000 y en el 2017 la suma de $2.776.100.

Refirió que en torno a la figura o a la institución del servicio salud obligatorio, efectivamente es un programa que fundamentalmente apoya al sistema de salud, que está orientado a la contribución que hacen parte los profesionales de la salud, servicio que contribuye a una primera experiencia laboral de la mayoría de los egresados del área de salud propiciando su inserción en el medio profesional y el acercamiento a la realidad y a las necesidades de la población colombiana.

Agregó que en cuanto a la vinculación y remuneración de los profesionales de medicina que prestan el servicio social obligatorio en la Resolución mencionada indica en su artículo 15, que las plazas se proveerán mediante la vinculación de los profesionales a institución a través del nombramiento o contrato de trabajo o por medio de prestación de servicios de carácter civil, garantizando su afiliación al sistema de seguridad social integral y remuneración equivalente a los cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución, en cumplimiento de la Ley 1164 del 2007.

En ese sentido, arguyó que el actor cumplió todos los requisitos y procedimientos para el cumplimiento del servicio social obligatorio, de tal forma que se vinculó como médico general en el centro de servicios Ipanema, mediante un contrato de trabajo a término fijo, contrato sobre el cual las partes firmaron otro sí, para aclarar que el cargo no era el de médico general si no de servicio social obligatorio. Entonces, para el cargo de médico general están dispuestos distintos salarios, la diferencia que estriba es en la forma como el profesional desarrolla los turnos y en ese sentido establecen distintas categorías para un médico general que en forma permanente desarrolla su labor en

urgencias y distintas categorías para un médico general de consulta externa, como así lo muestra la tabla 2015 y 2016. Es decir, es el único factor diferenciador, es la cantidad de horas que se prestan en los turnos que se asignaban.

En esa medida, dijo que cumplió turnos de 7 horas de lunes a viernes, que ocasionalmente era programado los fines de semana en la clínica Roma, en el Centro Médico Quiroga en turnos de 12 horas cada 15 días, por lo que de conformidad con el artículo 143 del CST, a trabajo igual salario igual; que la demandada no cumplió con los parámetros de diferenciar de manera objetiva el por qué se justificaría que a los médicos de servicios sociales obligatorio se les pague menos de lo que se recibía por parte un médico general. Además, las funciones que desempeñó en nada se diferencian respecto de las que puede tener un médico general. Lo que llevó a despachar favorablemente la pretensión.

En cuanto al bono mensual señaló que los turnos que debían cumplirse para su causación debían ser turnos de carácter permanente y no de cada 15 días como se acreditó por la parte demandada. En torno a la indemnización moratoria, consideró que no es atendible y sale de la esfera de la buena fe los argumentos que plantea la parte demandada, para justificar la diferencia salarial entre un médico de cumple servicio social obligatorio y los médicos de planta. Conforme a ello dispuso su pago. Sin embargo, en relación a la sanción por no consignación de cesantías al fondo respectivo, señaló su improcedencia por cuanto no opera por una diferencia salarial. (CD fol. 147)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación del demandante. Formuló recurso de apelación indicando que está acreditado en la certificación que envió Colsubsidio y en la copia de las nóminas del 2015-2016 que el salario de un médico general para el año 2015 es de $3.187.900 y para el año 2016 es de $3.403.800, por lo tanto, debieron ser dichas sumas las tomadas y no las que determinó el A quo.

Refirió que en cuanto al bono adicional que tiene reglamentado la demandada no está determinado exclusivamente para los médicos de urgencias, como quiera que la Resolución 1058 lo estipula para sectores de población o deprimidos urbanos en los que amerita reconocimiento especial. Agregó que los médicos generales de Ipanema para el año 2015 tuvieron un bono de $270.000, en consulta general y para el año 2016 un bono de $289.300. Es decir, que este bono se canceló en el servicio de consulta externa para el médico general del centro de Ipanema y, por ende, consideró que se debe acceder a esta pretensión. (CD fol. 147)

4.2. Recurso de apelación demandada. Manifestó en su alzada que el fallador de primera instancia incurrió en grave error al haber soportado la sentencia en el artículo 15 de la Resolución 1058 de 2010, toda vez que esta norma se encuentra expresamente derogada por el artículo 16 de la Resolución 2358 del 16 de junio de 2014. En ese sentido, la remuneración de los médicos de servicio social obligatorio se encuentra consignadas en la Resolución 795 de 1995, artículo primero, numerales 7 y 8. Además, que el artículo 6º de la Ley 50 de 1981 estableció que las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quiénes presten el servicio social obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y aplicarán bajo supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del servicio social obligatorio.

Con base en lo anterior, señaló que la tasa de remuneración del personal que presta el servicio social obligatorio se les aplicarán los mismos factores devengados por el personal de planta de la institución en este caso Colsubsidio, es decir, recibirán el mismo trato laboral sin que ello signifique un tratamiento igualitario respecto a la remuneración. Aspecto que se cumplió cabalmente, toda vez que al demandante se le reconocieron todos sus derechos laborales, a lo que se suma que estuvo adherido al pacto colectivo y fue beneficiario de recargos nocturnos y dominicales y demás prestaciones de ley, por lo que no puede decirse que los médicos de servicio social obligatorio deben tener el mismo salario que un médico general.

Significó que respecto al numeral 7° del artículo 1º de la Resolución 795 de 1995, existen también factores diferenciales respecto a las responsabilidades y condiciones laborales que tiene cada uno de los cargos en Colsubsidio. Por lo que es claro que existieron considerables diferencias entre el cargo de servicio social obligatorio y el médico general, que no permiten un trato igualitario en materia de remuneración; que para dar aplicación al principio de trabajo igual salario igual, es deber de la parte actora demostrar que las funciones desempeñadas se realizaron en las mismas condiciones de eficiencia, responsabilidad, intensidad y calidad, y, no solo el factor de experiencia.

En ese sentido, arguyó que la prestación de servicio social obligatorio es un requisito para ser médico, en cambio el personal de planta ya goza de tal calidad; que el demandante no tenía tarjeta profesional mientras que los médicos de planta ya contaban con aquella; que continuamente era capacitado y tenía un seguimiento continuó en el cumplimiento de sus obligaciones recibiendo acompañamiento de otros profesionales con mayor experiencia. Además, las funciones si fueron distintas, porque justamente esa experiencia o la inexperiencia en el caso del médico de servicios social obligatorio, hacía que el cumplimiento de las funciones de realizará de manera distinta, porque no podía atender los mismos usuarios y realizar las mismas actividades que un médico general que ya le llevaba ventaja por la experiencia.

Agregó que el demandante estaba apenas en una práctica, mientras que los médicos generales ya tenían trayectoria laboral que genera unas condiciones distintas en cuanto a responsabilidad, calidad trabajo e intensidad. Insistió que el actor debía atender pacientes con menor complejidad, justamente por su inexperiencia, además, no tenía autonomía frente al cumplimiento de sus funciones, por lo que adujó que no hay vulneración del principio de igualdad. Referente a la indemnización moratoria manifestó que no actuó de mala fe, además, por cuanto las normas son ambiguas al punto que el Juzgador se equivocó al aplicar una norma ya derogada. (CD fol. 147)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Alegatos parte demandante. En su escrito adujó que comparte ampliamente la sentencia adiada el 8 de noviembre del año próximo pasado, la que accedió a la mayoría de las pretensiones de la demanda y por lo tanto acoge sus fundamentos facticos y legales allí señalados y precisados por el Juez de Instancia.

Por otro parte, respecto de su recurso de apelación refirió que el salario que ha de tenerse en cuenta es el efectivamente demostrado en el proceso, es decir, el del médico general, consulta externa, que labora de lunes a viernes 8 horas diarias, más sábados cada 15 días 7 hora, para el año 2015 fue de $3.187.900, y 2016, en consulta externa de lunes a viernes 8 horas diarias, más sábados cada 15 días, 7 horas, fue $3.403.800.

En lo atinente al bono arguyó que de conformidad con las tablas aportadas por la demandada dicho bono aplica para consulta externa, que fue precisamente la modalidad en la cual prestó sus servicios en demandante de lunes a viernes, ocho horas diarias y excepcionalmente en turnos en urgencias cada 15 días. Además, que el mismo documental incorporado al proceso se lee "bonificación por localización", es decir, que para el caso concreto no guarda relación con la prestación del servicio en urgencias, y así aparece reseñado, en cada una de las nóminas aportadas por la demandada.

5.2. Alegatos parte demandada. Señaló que el artículo 15 de la Resolución 1058 de 2010, sobre el cual cimentó la demanda, se encuentra expresamente derogado por el artículo 16 de la Resolución 2358 del 16 de junio de 2014, misma que no le aplica al contrato del demandante que inició con posterioridad y estuvo vigente entre el 3 de noviembre de 2015 y el 2 de noviembre del año 2016.

Sostuvo que el artículo 6° de La Ley 50 de 1981 estableció que Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y se aplicarán bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio.

En ese sentido, agregó que la normatividad ordena que haya una equivalencia entre el Médico que presta el Servicio Social Obligatorio y el Médico de Planta de la Institución, sin que necesariamente sea que deban devengar la misma remuneración, la equivalencia es respecto a que tengan los mismos beneficios, esto es, mismas garantías y derechos como por ejemplo ser beneficiario de un pacto colectivo, percibir prestaciones sociales, recargos, etc., pero no en los salarios, como lo pretende el demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿El salario del actor debe nivelarse con el salario devengado por el médico general de la IPS Centro Médico de Ipanema?

(ii) En caso positivo, ¿le asiste al demandante el derecho al pago de las diferencias salariales y reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones?

(iii) ¿Procede o no el pago del bono de $500.000 que aduce el actor tiene derecho a su pago?

Nivelación Salarial

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala es preciso señalar que, las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, tampoco el salario devengado al interior de ella, ni que el actor fue vinculado al cargo de médico del servicio social obligatorio y devengó como salario al inicio de la relación laboral la suma de $2.600.000 y a su finalización $2.776.100. Situaciones fácticas que fueron no solo aceptados por la demandada en su contestación, sino también se logran corroborar del contrato de trabajo (folios 71 a 76),

otrosí (folio 77), liquidación definitiva de prestaciones sociales (folio 79), solicitud de autorización ante la Secretaría Distrital de Salud de esta ciudad, para que el actor sea nombrado en la plaza con código 1100108171441-2 (Centro Médico Ipanema) y certificado laboral expedido por la demandada (folio 134).

Hecha tal precisión, debe empezar la Sala por advertir que el artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7° de la ley 1496 del 2011, establece que: *"A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo este todos los elementos a los que se refiere el artículo 127".*

No obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha indicado que *"(...) es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica o sugeridas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad de trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral"* (SALA LABORAL CSJ RAD. 29.468 DEL 3 DE AGOSTO DE 2007)

Señala además, nuestra CSJ en la sentencia SL17442 del 2014, reiterada en la SL 15023-2016, frente al tema de la carga probatoria en este tipo de procesos, que al trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio *«a trabajo igual salario igual»*, le corresponde demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones, y al empleador le corresponde –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato.

Caso Concreto

Conforme a los presupuestos señalados y atendiendo esa distribución de cargas probatorias, corresponde en primer lugar a la activa, la acreditación del trato diferenciado en materia salarial, y la identidad de cargo y funciones con referencia a otro trabajador, para que una vez establecida aquella desigualdad analizar si la demandada a quien se desplaza la carga probatoria justificó los factores objetivos de esa diferenciación salarial.

En ese orden, se debe advertir desde ya, que en la demanda no se expone con claridad que trabajador pretende se le nivele su salario, para así establecer si las funciones encargadas a cada uno de ellos son similares, si se trató de una jornada de trabajo análoga y en condiciones de eficiencia equivalentes. Sin embargo, ello no resta para que la Sala entienda, que lo que pretende es que se nivele su salario al de los demás trabajadores que ostentan el cargo de "Médicos Generales" dentro de la institución prestadora de salud, que según se aduce perciben una asignación salarial superior a la recibida por el trabajador.

Planteado lo anterior, corresponderá a la empleadora justificar la razonabilidad de dicho trato, explicando el porqué de la diferencia salarial entre los diferentes docentes.

Así las cosas, es menester precisar que el Contrato de Trabajo Individual a término fijo suscrito entre la encartada y el señor Pablo Andrés Rodríguez Feria, estableció que este se desempeñaría labores como "Médico General" (folio 71 a 76), situación que fue modificada por las mismas partes ante la firma del otrosí al contrato, mismo en el que se dejó sentado en cláusula primera "*que las Partes de común acuerdo aceptan desde ya que ante la firma de este otrosí, el cargo a desempeñar por el TRABAJADOR será el*

de MÉDICO SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO a partir del tres (3) de noviembre de 2015", señalándose además que por error involuntario se pactó en el contrato primigenio las labores como médico general, siendo que su denominación el cargo aducido (folio 77).

Ahora bien, como se dispuso entre las partes que el mentado cargo a ejercer a partir de dicha data lo sería como médico de servicio social obligatorio, necesario es acudir a lo dispuesto, para los efectos que se pretende, al parágrafo 3° de la Ley 1164 del año 2007, disposición que regula la remuneración de aquellos egresados de los programas de educación superior del área de la salud que prestan el servicio social obligatorio, así:

> ***"PARÁGRAFO 3o.*** *La vinculación de los profesionales que presten el servicio debe garantizar* ***la remuneración de acuerdo al nivel académico de los profesionales y a los estándares fijados en cada institución o por la entidad territorial y la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y a Riesgos Profesionales****. En ningún caso podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales."*

Como puede observarse en la norma que regula el servicio, para quienes los presten, resulta indispensable que su remuneración este atada de acuerdo al nivel académico del profesional y a los estándares fijados por la institución, es decir, que en este asunto es la retribución dada al médico general de la entidad y de acuerdo a los parámetros que se tengan para el efecto.

Cumple señalar que dicha disposición es perfectamente aplicable al presente asunto y se encuentra en vigor en la medida que su parágrafo 5° establece que el servicio social creado en la presente ley sustituye para todos los efectos del personal de la salud, al creado mediante Ley 50 de 1981, además, por cuanto ya se encuentra reglamentada por la Resolución 1058 de 2010, modificada y algunos de sus apartes derogados por la Resolución 2358 de 2014, Resolución 6357 de 2016 y Resolución 4968 de 2017.

De ahí que, si bien el juez de primer grado incurrió en error al dar alcance una prerrogativa ya derogada, en tanto que el artículo 15 de la Resolución 1058 de 2010 fue suprimido por el artículo 16 de la Resolución 2358 de 2014, ese desatino no derriba la intelección que tuvo, dado que se mantienen las condiciones salariales para los profesionales de servicio social obligatorio, que no son otras que las mismas de los médicos generales.

En efecto, el haz probatorio allegado a la demanda que señala la encartada como apreciadas con error del sentenciador, logran acreditar con la suficiente contundencia que, al estar vinculado como Médico de servicio social obligatorio, debía ser remunerado en las mismas condiciones de un Médico General, remuneración que como bien lo señaló el a quo, primigeniamente estaba amarrada a los distintos turnos establecidos en la IPS, lugar donde prestan sus servicios y la actividad desarrollada, ya sea en urgencias o consulta externa, pues así lo certificó Colsubsidio el 28 de junio del 2018 (folio 124) y fue confesado por el Wilson Hernández Luna, Representante legal de la entidad; salarios que por demás se pueden observar a folios 125 y 126 del instructivo, es decir, SALARIOS DE INGRESO años 2015 y 2016.

Así, en los aducidos documentos se establece que la oferta salarial para consulta externa del médico general en turno de lunes a viernes 8 horas diarias, más sábados

cada 15 días de 7 horas, para el año 2015 correspondía como salario básico la suma de $2.821.500; que, al siguiente, es decir, al 2016 la suma de $3.012.600. De modo que dimana la diferencia salarial, entre tanto, que en los mismos años el actor devengó la suma de $2.600.000 y $2.776.100 respectivamente.

Y aquí vale la pena resaltar, que la Sala no acoge los argumentos expuestos por el actor, en lo que tiene que ver con la diferenciación salarial en la suma de $3.187.900 para el año 2015 y $3.403.800 en el año siguiente, pues es claro que el actor no demostró un turno de lunes a viernes 8 horas diarias, más sábados cada 15 días de 7 horas, ya que las pruebas apuntaban a que tenía un horario de lunes a viernes de 7 horas, pese a que cada 15 días laboraba un sábado de 7 horas. (folios 136 a 140)

Bajo ese contexto, demostrado como se encuentra la diferencia salarial, corresponderá entonces adentrarse al estudio de las condiciones de eficiencia iguales, es decir, el desarrollo de funciones idénticas por parte del trabajador con relación a los demás médicos generales.

Sobre este aspecto, cumple advertir que, contrario a lo concluido por el Juez de primer grado, no se allegó ningún medio de prueba que expusiera de forma diáfana y certera que el trabajador aquí demandante desarrollará las mismas funciones que sus otros pares, en similares condiciones de eficiencia, rendimiento y con igualdad o equivalencia de responsabilidades, debiendo acotar, que dicha carga probatoria correspondía a la parte actora, como en líneas atrás expuestas se indicó.

En esa medida, pese a que la Sala encontró que el salario devengado de quien ocupaba el mismo cargo correspondía en las sumas atrás expuestas, de ahí que existiera una diferencia salarial con lo percibido por el actor, cierto es que resultaba imprescindible contar con los suficientes elementos de convicción que permitieran dilucidar no solo que el otro par percibía dicha suma, sino, además, que tenía identidad de actividades y las mismas condiciones de eficiencia en la prestación del servicio, no siendo apto el documento visto a folio 135, pues allí únicamente se relató las labores que tenía el actor, más no la tareas encomendadas a los demás médicos generales; de tal manera que tampoco se puede comparar, ni formar el pleno convencimiento de que el Pablo Andrés Rodríguez Feria ostentaba iguales cargas laborales con los demás trabajadores.

Ahora, si la Sala obviara tal falencia probatoria y encontrará que el señor Pablo Andrés Rodríguez Feria realizó idénticas funciones con relación a sus otros pares, la conclusión no sería distinta, en tanto que la demandada demostró serias razones objetivas que justifican el trato diferenciado y que fueron inadvertidas por el juez de primer grado. Nótese que se escucharon los testimonios de los señores Henry Julián Cordón Hernández (Médico general y Coordinador de zona en la IPS Colsubsidio) y Teresa Viviana García Sánchez (Coordinadora de la zona de la gerencia de la IPS), quienes al unísono manifestaron que el demandante al ser médico de servicio social obligatorio ejecutaba sus actividades en compañía de los demás médicos generales y el jefe de centro, quien es la figura líder de la IPS y a quien puede consultar en un momento de necesidad. Al mismo tiempo, señalaron que debido a la poca experiencia y escasos conocimientos sus turnos siempre lo hacían con un médico general con más experiencia, que los apoyaba en caso de duda o necesidad.

Por manera que los medios de persuasión reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que Pablo Andrés Rodríguez Feria, (i) si bien debía ser remunerado como médico general de la IPS, por así disponerlo el parágrafo 3° de la Ley 1164 del año 2007, es decir, se halló probado el trato diferenciado en materia

salarial, no obstante, (ii) no probó de forma tajante que realizaba idénticas funciones como médico general y con iguales condiciones de eficiencia y calidad en la prestación del servicio, que permitiera a la Corporación adentrarse al estudio si la demandada justificó los factores objetivos de esa diferenciación salarial; en todo caso, sobre este último aspecto (iii) existen razones que justifican el ingreso diverso entre los trabajadores, dado que el demandante tenía la necesidad de estar apoyado o supervisado en otro trabajador, tampoco contaba con la suficiente experiencia y conocimiento, de tal suerte que la demandada cumplió con la carga probatoria.

En esas condiciones y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda la igualdad solicitada, además, por cuanto tampoco se estableció que esas diferencias fuesen dadas por razones de edad, raza, género, nacionalidad, religión, opinión política o actividad sindical; en esa medida y sin más consideraciones se sigue revocar los numerales 1°, 2° y 6° de la sentencia proferida en primer grado, para en su lugar absolver de la nivelación salarial pretendida por el actor, así como la reliquidación peticionada en el escrito introductor e indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., como quiera que estas últimas estaba a la suerte de la primera.

- **Bono mensual de $500.000**

Recuerda esta Sala que el señor Pablo Andrés Rodríguez Feria pretende se condene a la encartada al pago del bono mensual de $500.000 durante toda la vigencia del contrato de trabajo, por cuanto considera que Colsubsidio reconocía a un médico general asignado al centro médico Ipanema el citado bono. Por su parte la demandada manifiesta que no todos los niveles de profesionales de la medicina reciben esta clase incentivos y en esa medida el actor no tiene derecho a su pago.

De lo dicho en precedencia, y con miras a definir la cuestión planteada, la Sala evidencia que aun cuando la parte señaló la existencia del bono aducido, no arrimó ningún medio de convicción que permitiera concluir con severidad las condiciones para su pago, ni la frecuencia del mismo, pues se desconoce con qué periodicidad se causaría o en sumo cuando los debía reconocer la empresa, reiterando, que no existe claridad sobre su origen y, por ende, tampoco permite esclarecerse en que ocasiones y con qué frecuencia se debe reconocer, información necesaria a fin de determinar si hay lugar o no a su pago.

En ese orden, tampoco es posible colegirlo del interrogatorio de parte surtido al representante legal de Colsubsidio, ya que, si bien señaló que el bono se paga al personal que ejercer el cargo de médico general en el servicio de urgencias de forma permanente, también lo es que indicó no se daban las condiciones para su procedencia, en tanto que el demandante inició a laboral en la sede Ipanema, sede donde no existe dicho servicio. Además, aunque existe servicio de urgencias en las sedes de Roma y de Quiroga, el demandante tuvo un tiempo corto prestando el servicio en las mismas, lo hacía en forma intermitente y ocasional, aclarando que, "*no cumplía precisamente con las exigencias que tiene establecidas Colsubsidio para todos los médicos generales que laboraban en sitios donde efectivamente había prestación de servicio de urgencias.*"

Es más, aunque en la respuesta al derecho de petición otorgada por Colsubsidio el 15 de diciembre del 2016 al actor, se señaló que "*se le confirma que para el cargo Médico Servicio Social Obligatorio, no está establecido el pago de bonificación, puesto que este es reconocido a los profesionales que ejercer el cargo de Médico General"*, dicho que raya con en el parágrafo 3° de la Ley 1164 del año 2007, lo cierto es que tal situación no permite deducir las condiciones de su pago, dado que en la misma respuesta se señaló "*siendo una mera liberalidad de la Corporación, reconocer dicho pago."*

Ahora, si entendiera la Sala que la causación del bono está circunscrito a que el médico general ejecute sus actividades personales en un centro médico que cuente con el servicio de urgencias, además, que su labor se realice en la citada sección, salta la vista que tampoco se encuentra demostrado que el actor haya realizado su actividad médica en esas condiciones, es decir, que su ejercicio estuviese programado de forma permanente e ininterrumpido en un centro médico que desarrollará actividades de emergencia, al punto que la oferta salarial tomada al actor fue la de consulta externa y no para urgencias (fol. 125 y 126); de hecho las funciones descritas a folio 135 nada dicen con respecto a que estuvieran atadas al citado servicio; y si bien en certificación laboral del 28 de enero del 2019 se expone que el actor desplegaba dichas actividades con el fin de contribuir a su formación académica y profesional, también lo es que se informa que lo hacía en forma ocasional y en fines de semana.

En hilo de lo expuesto si lo que pretendió la demandante es una sentencia acorde con lo deprecado en la demanda, obviamente tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable. Ello es así, dado que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Se quiere con ello significar, también, que, si bien el demandante expone en su apelación la procedencia del bono en tanto que en el artículo 15 de la Resolución 1058 de 2010 así lo dispone, lo cierto es que como ya se observó, dicha premisa fue derogada por la Resolución 2358 de 2014, anotando, que sobre tal aspecto nada refiere el artículo 33 de la Ley 1164 de 2007. Por manera que, no existiendo medio de persuasión más que el propio dicho de la parte demandante, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, lleva a esta Sala a confirmar en este punto la decisoria del Juez primigenio.

Costas a cargo de la demandante en ambas instancias.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los ordinales 1°, 2° y 6° de la sentencia proferida el 8 de noviembre del 2019 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones relativas a la nivelación salarial, reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, trabajo suplementario e indemnización moratoria, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR el numeral tercero de la citada providencia, en cuanto absolvió a la demandada de la pretensión referente al pago del bono de $500.000, en armonía a las consideraciones expuestas.

TERCERO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandante en los términos del numeral 4° del art. 366 del CGP. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***JAIME GARZÓN IMBOL***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES Y UGPP***
RADICACIÓN: ***11001-31050-27-2018-00321-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA***
TEMA: ***INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. ANDRÉS ZAHIR CARRILLO TRUJILLO, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jaime Garzón Imbol instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGGP con el fin de que se declare que laboró para la extinta Caja Agraria, desde el 20 de agosto de 1976 hasta el 3 de junio de 1987; que cumplió la edad de 60 años el 12 de octubre de 2010 y, por tal razón, tiene derecho a que la UGPP le pague la indemnización sustitutiva de pensión de vejez del que trata el Decreto 1730 de 2001, junto con el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor el reconocimiento y pago de dicha prestación económica, junto con los citados intereses, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

En lo atinente a la demandada Colpensiones, solicitó que se declare que laboró para la extinta Caja Agraria, desde el 20 de agosto de 1976 hasta el 3 de junio de 1987 y, por tanto, adeuda el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva teniendo para el efecto dicho periodo, en tanto que mediante Resolución GNR 390708 de 2014 solo le fue reconocida la suma de $5.201, concerniente a 30 días

de cotización. Por manera pretende el pago a su favor de la indemnización sustitutiva de pensión, teniendo en cuenta para el efecto el citado lapso, intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 7-10).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que trabajó para la extinta Caja Agraria desde el 20 de agosto de 1976 hasta el 3 de junio de 1987 y que cumplió la edad de 60 años el 12 de octubre del 2010 y, por tanto, solicitó ante Colpensiones la indemnización sustitutiva, la cual, le fue reconocido la suma al actor de $5.201. Indicó que solicitó la reliquidación de la indemnización sustitutiva según lo establecido en el Decreto 1730 de 2001, misma que le fue negada ante Colpensiones; a su vez presentó reclamación ante la UGPP, entidad que le indicó no ser competente para este pago, disponiendo el trasladó de la reclamación a Colpensiones.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fols. 61-62); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. Dio contestación con oposición a las pretensiones declarativas y condenatorias concernientes, argumentando que el demandante no cumple con los presupuestos fácticos para la reliquidación de la indemnización sustitutiva, en tanto que la misma ya le fue reconocida con base en cuatro semanas efectivamente cotizadas y reportadas en la historia laboral. Indicó que de acuerdo con el expediente administrativo verificó que el demandante laboró para la Caja Agraria desde el 20 de agosto de 1976 hasta el 3 de junio de 1987, siendo estos periodos cotizados al ISS hoy Colpensiones. Sin embargo, no encontró registro de cotizaciones adicionales efectuadas a nombre del afiliado.

Respecto de los supuestos facticios señalados en el escrito introductor, aceptó la totalidad de los mismos y propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, inexistencia de intereses moratorios, inexistencia de cobro de intereses moratorios e indexación, buena fe, prescripción, y la genérica. (fols. 97 a 103).

3.2. Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGGP. En su respuesta se opuso a todas las pretensiones argumentando que el demandante no es acreedor de la pensión sustitutiva toda vez que los aportes se realizaron al ISS (hoy Colpensiones), por lo cual Colpensiones es la entidad competente para estudiar su reconocimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva. (fols. 64 a 69)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de enero del 2020, en la que el Juzgado negó las pretensiones de la demanda formuladas en contra de las demandadas, así, declarando probada las excepciones propuestas e imponiendo costas al demandante. (CD fol. 171)

Como sustento de su decisión indicó que, si bien el derecho a la indemnización sustitutiva se causa aún respecto de situaciones anteriores a la ley 100 de 1993, este derecho nace siempre y cuando haya existido cotizaciones a la entidad administradora respectiva; si no las hubo, tales periodos no causan indemnización sustitutiva de vejez.

Argumentó que la norma aplicable al derecho pensional del demandante es el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, por manera que el actor laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 20 de agosto de 1976 hasta el 3 de junio de 1987 y cumplió la edad de 55 años el 12 de octubre del 2005; sin embargo, según certificación electrónica de tiempos laborados, al actor no se le realizaron aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones durante su tiempo de vinculación con la aducida Caja.

De manera que concluyó que el demandante no cumplió el requisito de tiempo de servicios requerido por la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento de pensión de vejez y dada su edad actual de 68 años, está en imposibilidad de cotizar al sistema, con lo que estaría dado el primero de los requisitos establecidos para el reconocimiento de la prestación económica. No obstante, para el periodo que laboró en la Caja el actor no efectuó cotizaciones a fondo o caja de previsión alguna, por manera que no tiene derecho a que la UGPP le reconozca la indemnización sustitutiva que reclama. Tampoco que Colpensiones le reconozca la citada indemnización, en tanto que la certificación allegada presenta inconsistencias precisamente en los espacios que se señala haber cotizado a la entidad, tal como lo señaló el Ministerio de Agricultura.

5. Impugnación y límites del ad quem. El demandante impugnó la decisión solicitando se revoque en su totalidad el fallo proferido en primera instancia, por considerar que se desconoció lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 1730 de 2001, el Decreto 4640 de 2005, y la Ley 90 de 1946, la cual establece la obligación de las entidades a cotizar para sus trabajadores.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito de alegaciones refirió que laboró para la extinta CAJA AGRARIA, desde el 20 de agosto de 1976 hasta el 3 de junio de 1987; cumplió la edad de sesenta 60 años el 12 de octubre de 2005 y no fue el causante de la carencia de aportes en el ISS hoy Colpensiones, dado que es el empleador quien tiene la obligación de afiliar al trabajador, el de pagar su cuota parte y descontar al trabajador la parte que le corresponde, situando los recursos en la Administradora de Pensiones que incumbe.

6.2. Colpensiones. Adujó que no existe base probatoria que el demandante hubiese cotizada semanas para pensión en Colpensiones, tal y como aclaró el Ministerio de Agricultura que al presentar inconsistencia el numeral 30 al 33 del formato 1 literal e de aporte a seguridad social.

6.3. Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGGP. Indicó que respecto de los bonos pensionales, no es la competente para expedir bonos, ya que esta obligación actualmente está a cargo de la entidad empleadora o del Ministerio, o de

la Oficina de Bonos Pensionales – OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Insistió que es competente para gestionar los reconocimientos pensionales, pero no es un fondo de pensiones o administrador del régimen de prima media, por lo tanto, no tiene afiliados o cotizantes activos en el Sistema General de Pensiones, y no administra recursos del Sistema de Seguridad Social Integral, ante lo cual no certifica aportes o cotizaciones al sistema.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta a favor de Colpensiones lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

El problema jurídico que centra la atención de la Sala consiste en establecer:

- ✓ ¿Acertó la Juez de primera instancia al negar el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada, por considerar que el empleador del demandante no efectuó cotizaciones a la UGPP ni a Colpensiones?

Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Previo a resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, debe señalar que no es objeto de controversia que el señor Jaime Garzón Imbol estuvo afiliado al Sistema de Seguridad Social administrado por el entonces ISS a partir del 1 de julio de 1998, no es pensionado y que la solicitud que el actor efectuó ante Colpensiones tuvo lugar el 23 de abril del 2014 (Cd. folio 104, expediente administrativo), mediante formulario proforma de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993; que, en respuesta, la demandada en Resolución N.° 390708 del 7 de noviembre de 2014 (Cd. folio 104 expediente administrativo), concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de $5.201, con 4 semanas cotizadas; que dicho acto administrativo, ante la solicitud de su reliquidación elevada el 13 de febrero del 2015, fue confirmado por Colpensiones mediante Resolución N.° 152049 del 25 de mayo del 2015, acto administrativo que quedó ejecutoriado el 10 de junio de 2015, según constancia expedida por la entidad (Cd. folio 104 expediente administrativo)

Sentado lo anterior y con el propósito de abarcar el punto inicial, esto es si se causó la cantidad resarcitoria de la pensión de vejez, necesariamente se debe partir por recordar que ante la expedición de la Ley 90 de 1946, se estableció el seguro obligatorio y se creó el entonces ISS, el cual, debía asumir en forma gradual los riesgos de invalidez, vejez y muerte en los lugares donde se diera comienzo a la cobertura. Por manera que la carga pensional continuó a cargo de los empleadores en los demás lugares del territorio nacional donde no se encontrara el ISS.

Dicha obligación a su cargo cesó ante la expedición de la Ley 100 de 1993, mediante la cual dispuso la afiliación obligatoria, de esta forma se efectivizo en todo el territorio nacional. En efecto, la citada Ley, en su artículo 33 señaló que los trabajadores que prestaron servicios a un empleador y que no hubieren sido afiliados al régimen pensional, para efectos del reconocimiento de la prestación de vejez, se tendría en cuenta dicho tiempo de servicio y que aquel empleador debería asumir el

título pensional correspondiente conforme a las disposiciones contempladas en la misma normatividad y en sus decretos reglamentarios.

Por lo anterior, la obligación que tiene los empleadores de realizar el cálculo actuarial ante la falta de afiliación obligatoria de su trabajador bien sea por la falta de cobertura del ISS, o por negligencia, asumiendo en caso dado el valor del título pensional correspondiente. En ese sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples jurisprudencias ha sentado su posición y ha señalado esa obligatoriedad, como lo fue en sentencia SL2849-2018 en la que se dijo al respecto:

> *"En torno a este tópico, desde el punto de vista jurídico, la Corte ha precisado que los riesgos pensionales en cabeza del empleador solo cesan con la subrogación a la respectiva entidad de seguridad social, de manera que los tiempos de servicios no cotizados, por falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, no pueden ser desconocidos y el empleador conserva una responsabilidad financiera respecto de los mismos, que se traduce en el pago de un cálculo actuarial.*
> *[…]*
>
> *En ese sentido, se repite, por los tiempos en que no se efectuaron las cotizaciones, por falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, el empleador conservaba responsabilidades pensionales que permitían encuadrarlo dentro de las premisas del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993."*

Bajo ese contexto, se observa en el presente asunto que si bien la relación laboral que ató al demandante con la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, es previa a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no obstante, el periodo durante el cual estuvo vinculado a la citada, debe contabilizarse para efectos de liquidar la indemnización sustitutiva de pensión, púes, como ya se dijo, así lo dispuso el artículo 13, al determinar que "*se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, cualquiera que sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.*"

Lo anterior, tiene soporte en el inciso 4° del artículo 2º del Decreto 1730 de 2001, compilado en el Decreto 1833 de 2016, mismos que establecieron que para efectos de liquidar la cantidad resarcitoria de pensión, al igual, se tendrá en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas, inclusive las anteriores a la Ley 100 de 1993:

> "*Artículo 2º. Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado. (…)* ***Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993."*** (Negrilla por fuera del texto)

Es de advertir que, contrario a lo concluido por el *a quo*, el reconocimiento de la prestación económica no estaba atada a que el empleador realizará o no la cotización, en razón a que su tiempo de servicios prestados a la extinta Caja lo fue

previo a la expedición de la Ley de 1993; y aquí llama la atención de la Sala, que revisado el material probatorio arrimado a las diligencias por el actor, se observa que a folios 16 a 22, obra comunicación expedida por el Ministerio de Agricultura, en la que no solo hace constar el periodo durante el cual estuvo vinculado a la Caja Agraria, mismo que fue comprendido entre el 20 de agosto de 1976 a 3 de junio de 1987, sino, además, se explica "*que por el periodo que Usted laboró en la Caja Agraria y en los cuales no se haya cotizado al ISS, tendrá derecho al bono pensional que por ley sólo se reconoce y se cancela al Fondo de Pensiones, en el momento en que alguna de estas Entidades lo vaya a pensionar, esto es cuando Usted cumpla los requisitos de Ley para tener derecho a la pensión.*"

En consecuencia, es claro para esta Corporación que el periodo no cotizado y laborado por el demandante a favor de la ya liquidada Caja, es decir, de la calenda del 20 de agosto de 1976 a 3 de junio de 1987, debe ser tenido en cuenta para los efectos pensionales que pretende el actor, por manera que Colpensiones se encontraba forzado a tener en cuenta los periodos en la sumatoria de cotizaciones a efectos del estudio de la indemnización sustitutiva y al mismo tiempo realizar el cobro del cálculo actuarial, bono pensional o cuota parte a la entidad respectiva, si a ello hubiere lugar, aclarando, que respecto de esto último no se impone a esta Sala proferir orden alguna, en razón a que no fue pedida por las codemandadas, además, es claramente un trámite administrativo, según lo dispone el Decreto 255 de 2000, que a su vez fue modificado por los Decretos 2282 de 2003, 2721 de 2008 y 2842 de 2013.

No sobra precisar que dicho aspecto quedó por demás ampliamente sentado por la Corte Constitucional, en sentencia T-261 de 2020, que reiteró las providencias T-099 de 2008, T-850 de 2008, T-529 de 2009, T-597 de 2009, T-799 de 2010, T-059 de 011, T-681 de 2013, T-122 de 2016, T-622 de 2017, T-164 de 2017 y expuso en un caso de iguales contornos que:

> "*De manera que, conforme con las disposiciones legales y la jurisprudencia constitucional, aun cuando el tiempo que laboró la accionante en la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero (liquidada) sea previo al 1° de abril de 1994, ella tiene derecho al cómputo de dicho lapso para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Lo anterior, debido a que, como se expuso, todos los tiempos servidos, que estén debidamente acreditados, antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva.*"

Así las cosas, el razonamiento expuesto en dicha providencia y que es perfectamente aplicable a este caso en concreto, más lo anotado en precedencia son suficientes para que esta Corporación revoque la sentencia de primer grado y en su lugar, entre a determinar si existe alguna diferencia en el monto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, teniendo en cuenta para el efecto los periodos que no fueron observados por Colpensiones y que extraña la parte demandante.

En ese sentido, en cuanto a la liquidación y monto se observa que el actor al estar afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, le es perfectamente aplicable el artículo 37 de la ley 100 de 1993, el cual señala:

> "***ART. 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.***
> *Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez*

no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado"

Por manera que, habiendo cumplido los requisitos mencionados, tendrá derecho a recibir en sustitución una indemnización que es el equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas. Una vez se obtiene el resultado de esta operación aritmética, se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, según lo dispuesto en la aducida norma.

Ahora bien, respecto de la fórmula para determinar el valor de esta prestación económica y siendo este el punto de controversia es procedente remitirnos a lo indicado en el Decreto 1730 de 2011, que textualmente señala en su artículo 3 lo siguiente:

*"**ARTICULO 3º-Cuantía de la indemnización.***

Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:

I = SBC x SC x PPC

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Conforme a lo anterior, el demandante cuestiona a Colpensiones que, pese a que reconoció mediante la Resolución N.° 390708 del 7 de noviembre de 2014 la

indemnización sustitutiva de pensión, en cuantía de $5.201, teniendo para el efecto únicamente 4 semanas cotizadas, no tuvo en cuenta para efectos de su liquidación el tiempo atrás aducido y laborado por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

En esa medida, de acuerdo con el acto administrativo en cuestión, entrará la Sala a determinar si efectivamente existe alguna diferencia entre lo ya reconocido por Colpensiones, encontrando, luego de realizar la liquidación correspondiente, que existe tal discrepancia, tal y como se expone a continuación:

Cálculo Indemnización Sustitutiva de Pensión								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	APORTE PENSIONAL
1976	134	0,41492	113,98	274,712	$ 1.801,64	$ 494.932,03	$ 2.210.696,38	4,50%
1977	365	0,52181	113,98	218,436	$ 2.757,36	$ 602.307,13	$ 7.328.070,11	4,50%
1978	365	0,67163	113,98	169,710	$ 4.024,95	$ 683.071,69	$ 8.310.705,52	4,50%
1979	365	0,79537	113,98	143,308	$ 5.611,22	$ 804.130,80	$ 9.783.591,45	4,50%
1980	366	1,02443	113,98	111,264	$ 7.972,27	$ 887.026,37	$ 10.821.721,66	4,50%
1981	365	1,28929	113,98	88,407	$ 10.539,90	$ 931.801,91	$ 11.336.923,26	4,50%
1982	365	1,63043	113,98	69,910	$ 14.192,28	$ 992.177,37	$ 12.071.491,30	4,50%
1983	365	2,022	113,98	56,365	$ 18.761,10	$ 1.057.468,58	$ 12.865.867,70	4,50%
1984	366	2,359	113,98	48,325	$ 23.346,90	$ 1.128.239,44	$ 13.764.521,20	6,50%
1985	365	2,790	113,98	40,855	$ 28.169,33	$ 1.150.864,26	$ 14.002.181,89	6,50%
1986	365	3,41627	113,98	33,365	$ 34.433,06	$ 1.148.847,23	$ 13.977.641,33	6,50%
1987	154	4,13186	113,98	27,586	$ 39.255,24	$ 1.082.905,31	$ 5.558.913,95	6,50%
1998	30	44,716	113,98	2,549	$ 203.825,00	$ 519.557,85	$ 519.557,85	10,50%
Total dias	**3970**	**Total devengado toda la vida laboral actualizado**				**2014**	**$ 122.551.883,59**	
Total semanas	**567,14**	**Ingreso Base Liquidación**					**$ 926.084,76**	
		SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN PROMEDIO SEMANAL S.B.L.PS.					**$ 216.086,44**	
		PROMEDIO PONDERADO DE LOS PORCENTAJES DE COTIZACIÓN P,P,C					**3,6225%**	
		TOTAL INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN					**$ 4.439.496,03**	

Resumen Liquidación	
Valor reconocido en Resolución No.390708 del 7 de noviembre de 2014	$ 5.201,00
Total reconocido por Colpensiones	**$ 5.201,00**
Liquidación efectuada por la Sala	$ 4.439.496,03
Saldo a favor	**$ 4.434.295,03**

De manera que esta Sala encuentra que existe una diferencia entre lo reconocido en la Resolución N.° 390708 del 7 de noviembre de 2014 por valor de $5.201 y la suma arrojada en la liquidación efectuada que es de $4.439.496.03, deviniéndose una diferencia de $4.434.295,03.

Conforme a ello, se DECLARARÁ que el señor JAIME GARZÓN IMBOL, tiene derecho al reconocimiento, reliquidación y pago de la indemnización sustitutiva de pensión y como consecuencia de lo anterior, se condenará a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la suma de $4.439.496.03, por concepto de reliquidación de la indemnización sustitutiva de pensión.

Aclarando, que como quiera que se está condenando a COLPENSIONES a reconocer la prestación económica a favor del actor, se ABSOLVERÁ a la UGPP de las pretensiones elevadas en su contra, en razón a que los trámites administrativos del cálculo actuarial, bono pensional o cuota parte, si a ello hubiera lugar, será entre las entidades codemandadas y una vez se cumplan las exigencias legales y técnicas previstas para ello, reiterando, que para este efecto no hay lugar a impartir orden alguna por parte de esta Sala.

Intereses moratorios

En relación con los intereses moratorios, estos se encuentran establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, canon que señala lo siguiente:

"A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago".

De lo anterior se colige que los intereses moratorios sólo se causan cuando se pagan extemporáneamente las mesadas pensionales reguladas por la Ley 100 de 1993. Ahora como el demandante pretende intereses moratorios por la demora injustificada en pago de la reliquidación de la indemnización sustitutiva, es evidente que no procede su pago, pues Colpensiones no está en mora en el pago de mesadas pensionales.

Indexación

En consideración a la devaluación del peso colombiano, es necesario indexar la anterior suma de dinero, de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor que es certificado por el DANE, teniendo como IPC inicial será el corresponda al año 2014 y el IPC final el de la fecha en que la demandada realice el pago.

Excepción de prescripción

Ahora, como quiera que la demandada propuso la excepción de prescripción, necesario es pronunciarse acerca de ello. En este punto se ha de precisar que en tratándose de la la indemnización sustituta de pensión de vejez es de carácter imprescriptible, pues goza de la misma naturaleza de la pensión de vejez, tal y como lo indicó la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – en sentencia STL 20644-2017, radicado 49264 del 29 de noviembre del 2017:

"Frente al punto central de debate en esta sede, en cuanto se orienta a determinar si el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prescribe, o si por el contrario puede ser reclamada en cualquier tiempo, debe advertir esta Sala, que la referida indemnización hace parte del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, y se guía por los principios que lo rigen, es decir que, es de carácter irrenunciable y le son aplicables -en la medida en que sea posible- los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema, de manera que incluso, cualquier interpretación que realice el juzgador debe atender a tales contenidos y además, al hecho de que al tratarse de una prestación de vejez esta no prescribe, y su indemnización sustitutiva solo correrá tal suerte, cuando no sea posible continuar cotizando y así se manifieste."

Sin embargo, la reliquidación de la prestación económica si adolece del fenómeno prescrito contenido en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., tal y como lo refirió igualmente la citada Corporación, en sentencia STL2379-2018, radicado 50034 del 14 de febrero del 2018:

"Máxime, como el juez de segundo grado concluyó en la decisión objeto de reproche, respecto de la prescripción que: «los artículo 488 y 489 del CST y 151 del CPT consagran que las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años contadas a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho, razón por la cual contrario a lo establecido por

el a quo, los hechos soportan las excepción de prescripción sobre el valor o diferencia a favor de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se encuentran demostrados, porque tal reconocimiento pecuniario, si se encuentra sujeto a plazo extintivo y en tal medida no tiene la connotación de imprescriptible».”

Conforme a ello, del análisis verificado anteriormente se concluye en cuanto a la excepción de prescripción, que al demandante le fue reconocida la prestación económica mediante Resolución N.° 390708 del 7 de noviembre de 2014 y como quiera que la reclamación administrativa la efectuó el día 13 de febrero del 2015 como lo expresa la solicitud de reliquidación de la indemnización sustitutiva (Cd. folio 104 expediente administrativo), es claro que no transcurrió el termino de prescripción de que trata los artículos 488 de CST y 151 del CPT y SS.

Además, entre la fecha en que se resuelve la reclamación administrativa mediante Resolución N.° 152049 del 25 de mayo del 2015, acto administrativo que quedó ejecutoriado el 10 de junio de 2015 y a la fecha de presentación de la demanda **7 de junio de 2018**, tampoco habían transcurrido tres años, por lo tanto, se declara no probada la excepción de prescripción propuesta oportunamente por la apoderada de la parte demandada.

Demás excepciones

Agregando que frente a las demás excepciones la Sala se releva de su estudio dadas las resultas del proceso, toda vez que al demandante le resulta probado el derecho peticionado, en los términos aquí aludidos.

Costas. En ambas instancias a cargo de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 21 de enero del 2020, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** que el señor **JAIME GARZÓN IMBOL**, tiene derecho al reconocimiento, reliquidación y pago de la indemnización sustitutiva de pensión, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar al demandante la suma de **$4.434.295,03**, por concepto de **reliquidación de la indemnización sustitutiva de pensión**, la cual, deberá ser indexada, teniendo como **IPC INICIAL** el que corresponda al año 2014 y como **IPC FINAL** el día en que se efectúe el pago al demandante.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones y relevarse del estudio de las demás excepciones propuestas, conforme a lo motivado.

CUARTO: ABSOLVER a la **UGPP** de las pretensiones elevadas en su contra, en armonía a las consideraciones tenidas en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de Colpensiones en los términos del numeral 4° del art. 366 del CGP. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***WILLIAM GABRIEL BARBOSA VARGAS***
DEMANDADO:	***COLSUBSIDIO***
RADICACIÓN:	***20-2017-00139-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO REALIDAD***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. William Gabriel Barbosa Vargas instauró demanda ordinaria contra Colsubsidio, con el propósito de que se declare que existió contrato de trabajo en el 20 de mayo de 1998 al 29 de junio del 2016, el cual fue terminado sin justa causa por el empleador y, como consecuencia, se dispusiera a su favor el pago del retroactivo de las cesantías causadas durante el periodo liquidado y sus interés, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, moratoria, prima de servicios, prima de navidad, compensación de las vacaciones, auxilio de transporte, la sanción por falta de consignación de las cesantías, en los términos previstos por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dotación, incremento anual de salarios, aportes al sistema de seguridad social, devolución por concepto de retención en la fuente, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que prestó de manera continua sus servicios personales en calidad de Profesor de Natación – Docente Deportivo, a partir del 20 de mayo del 1998 hasta el 29 de junio del 2016, de manera subordinada, toda vez que recibió órdenes e instrucciones verbales y escritas de sus superiores para el desempeño de sus funciones como profesor en los programas de escuelas deportivas, cuyas clases eran impartidas generalmente los fines de semana a los afiliados de la Caja de Compensación.

Agregó que siempre cumplió sus funciones dentro de un horario de trabajo los sábados y domingos de 6:45 a 5:00 p.m., el cual era de obligatorio cumplimiento y previamente determinado por los superiores, de acuerdo con la programación preestablecida. Además, debió pedir permiso escrito a sus superiores para poder ausentarse de su lugar de trabajo. Insistió que careció de autonomía en el

cumplimiento de los contratos celebrados con la demandada, ya que debió acatar instrucciones de sus superiores dentro de un horario de trabajo, cuyo incumplimiento fue disciplinado mediante la reducción de la carga académica e incluso con suspensión por un mes, según la falta.

Refirió que en contraprestación a sus servicios fue remunerado mediante el pago de una suma mensual, para lo cual la encartada elaboraba la respectiva orden de pago mensual como si fuera un proveedor de servicios; que fue retirado del servicio sin que mediara una justa causa para ello, mediante comunicación verbal que al efecto le hizo Edgar Linares, Coordinador General de las Escuelas de Colsubsidio; que al momento de su injustificado retiro devengaba la suma de $855.532. (fls. 3 a 16).

2. Contestación de Colsubsidio. Al contestar la demanda se opuso a la totalidad de pretensiones, argumentando que entre las partes jamás existió contrato de trabajo, ni se han dado los elementos para que se configuren, en tanto que los servicios que eventualmente prestó el actor fueron independientes, autónomos, esporádicos e insubordinados, habiendo celebrado en debida forma sendos contratos de prestación de servicios independientes en ejecución de los cuales gozó siempre de total autonomía técnica, administrativa, horaria y operativa. Además, por cuanto prestó sus servicios por periodos interrumpidos, esto es, cada vez que se abrieron grupos y de acuerdo con los ciclos y fechas escogidas por el demandante, quien manifestaba cuál era su disponibilidad.

Respecto de los supuestos facticos señaló que fue vinculado a través de contratos de naturaleza civil, los cuales los ejecutó de manera ininterrumpida y de acuerdo con la disponibilidad ofrecida, siendo actividades autónomas e independientes de aquel, sin que hubiera existido subordinación alguna entre las partes. Refirió que el actor en cada vinculación dictó clases deportivas a determinados grupos de estudiantes (afiliados a Colsubsidio en su condición de Caja de Compensación Familiar), de forma ininterrumpida, de acuerdo con la disponibilidad de tiempo por ofrecida por el contratista y conforme con la demanda del servicio.

Instó que jamás tuvo jefe alguno, en tanto que tiene contratado personal administrativo que se encarga de coordinar los detalles con los grupos de estudiantes y proveedores que van a prestar cada uno de los servicios, a fin de garantizar un servicio de calidad. Aunado a que los honorarios percibidos por el actor nunca fueron una suma fija, por el contrario, variaron de acuerdo con el número de horas de servicio reportadas en cada una de sus cuentas de cobro. Propuso como excepciones las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones pretendidas, pago de lo debido, buena fe, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligaciones en la demandada, ausencia de moratoria por parte del contratante y prescripción. (fol. 248 a 268)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de mayo del 2019, en la que el fallador absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la demandante, imponiendo en costas a la parte demandante.

Limitó el problema jurídico a dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo, por lo que luego de referirse a las pruebas y al contenido de los artículos 22 a 24 del C.S.T., encontró probada la prestación de los servicios del actor en favor de la demandada entre 1998 y 2016, dictando clases de natación por ciclos, la mayoría de las veces los sábados y domingos. No obstante, señaló que esto lo hacia de forma interrumpida, al punto que existían varios meses sin que se evidenciará la prestación efectiva del servicio, además, en un ciclo no dictó más de setenta y dos horas. Aunado a que el demandante manifestó que siempre tuvo dos o tres trabajos mientras prestaba sus servicios a Colsubsidio y que en una época trabajo martes y jueves y otras sábado y domingos, algunas veces en la mañana y otras en todo el día.

Por otro lado, refirió que, de los testimonios de Gabriel Carrillo, Miguel Cubillos y Jaime Enrique Castañeda fueron contestes en que el desarrollo de la actividad tenía un coordinador y un jefe quienes les impartían ordenes, en tanto que eran los encargados de dar la carga de trabajo, las horas y el sitio en que iban a prestar el servicio, sin embargo, estos también indicaron que para ser programados debían tener disponibilidad, como quiera que previo a la programación se les indagaban por ello, es decir, si estaban dispuestos a tomar el ciclo.

Lo anterior, para significar que, si bien es cierto que el demandante prestó sus servicios de forma personal a favor de la demandada, lo cierto es que no logró deslumbrar certeramente que haya existido subordinación, pues quedó acreditado que tenía autonomía e independencia para dictar las clases de natación cuando su tiempo lo permitiera, situación aquella propia del contrato civil de prestación de servicios.

Además, aunque tenía un coordinador que le proporcionaba los horarios de clase, la encartaba le suministraba uniforme distintivo y los elementos de trabajo, sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación del servicio del demandante como profesor en la disciplina de natación, es lógico que deba haber una coordinación entre los usuarios de Colsubsidio y los profesores de natación, para establecer los horarios y los grupos en los cuales va dictar sus clases, razón por la cual en este tipo de contratación no está prohibido la generación de instrucciones sin que ello llegue a implicar subordinación. (CD fol. 442)

4. Impugnación y límites del ad quem. El demandante formuló recurso de apelación diciendo que conforme a las pruebas arrimadas al proceso si se encuentra acreditada la subordinación laboral. En ese sentido, refirió que no se puede desconocer de la prueba documental que existen certificaciones emitidas por la Caja en donde se establece los tiempos de servicio a los cuales permaneció vinculado el actor y establecen de manera clara la duración de la vinculación, incluso con promedio de los ingresos anuales, de modo que no se establece ninguna interrupción entre las mismas.

Indicó que se trata de una jornada laboral incompleta, por lo tanto, la periodicidad de la prestación del servicio no es tan rigurosa como si fuera una jornada completa, anotando que esta jornada incompleta la permite de manera clara el artículo 197 del CST. Por otro lado, agregó que si está acreditada la subordinación por cuanto los correos electrónicos que se encuentran en el expediente señalan las capacitaciones

para el personal que presta el servicio, se les dan unas pautas y unos criterios para impartir las clases a los afiliados de la entidad. (CD fol. 442)

5. Alegatos de conclusión parte demandada. En su escrito de alegaciones indicó que si bien entre las partes existió un vínculo jurídico, en virtud del cual el demandante realizó actividades como instructor de natación al interior de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar – COLSUBSIDIO- (Actividades que fueron desarrolladas de forma netamente intermitente), al analizar sistemáticamente y en conjunto todo el acervo probatorio que obra en el expediente, compuesto por las confesiones hechas por el demandante al absolver el interrogatorio de parte, las declaraciones de los testigos de ambas partes y la documental que las partes en conjunto allegaron al proceso, puede concluirse que la relación surgida entre las partes se caracterizaba bajo una relación impersonal, en ausencia de subordinación, y sin los elementos indicativos de relación laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

i. ¿Colsubsidio fungió como empleador de la aquí actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

ii. De ser afirmativa la respuesta, determinar sus extremos temporales, salario y si tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales expuestas en el libelo primigenio.

De la relación laboral.

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, conforme lo establece el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra

el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos:

> *"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."*

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna de la prestación personal de los servicios del señor William Gabriel Barbosa Vargas a Colsubsidio, pues de un lado, las partes no cuestionaron las reflexiones del Juez primigenio en torno a ello, y por otro lado, se desprende así de las certificaciones expedidas por la encartada, en la que se dejó constancia de que el señor prestó sus servicios como profesor de Natación y Docente Deportivo para los diferentes eventos realizados a los usuarios de la Caja (folios 17 a 21).

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio de los codemandados, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, misma que fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario se acreditó que el actor desempeñó su labor desprovista de cualquier elemento subordinante, en tanto que el servicio contratado si bien lo fue única y exclusivamente para prestar sus servicios en calidad de profesor de natación, para los ciclos que se fijaban entre usuarios y la Caja de Compensación Familiar, sin embargo, estaba sujeto a la disponibilidad del actor, quien nombraba personas en caso de reemplazo y no se le exigía un cumplimiento de horario, en ese sentido, se comparten los argumentos esbozados por el juez de primer grado para impartir absolución de las condenas a la demandada.

Y es que en efecto, analizado el haz probatorio, tal y como lo advirtió el a quo, no solo la demandada allegó prueba que soportara su dicho, sino que existe material suficiente que da cuenta la inexistencia de subordinación y dependencia a la que estaba sujeto el actor, en la realización de sus labores, y que revelan que, entre las partes, se desarrolló un contrato de prestación de servicios y no que existió una

verdadera relación de tipo laboral, conforme lo establecido en los artículos 22 y 23 del C.S.T.

Dentro de las pruebas recopiladas en primera instancia cobra especial relevancia las declaraciones de los señores Erika Vásquez (Analista Administrativa de Contratos), Juan Carlos López (Jefe de Sección de Deportes), Luis Enrique Reyes (Jefe de Deportes) e Idali Cortes (Gerente del punto Colina), quienes sostuvieron de manera espontánea y conteste que, el actor no se le imponían horarios, realizaba sus actividades de forma autónoma e independiente, y laboraba de acuerdo a su disponibilidad y tiempo.

De hecho, sostuvieron al unísono que el demandante como proveedor de servicios de natación, se vinculaba de acuerdo a la necesidad que se tuviera en la escuela de deportes, y de acuerdo a la disponibilidad del docente se asigna para la prestación del servicio, el cual, era autónomo de crear su propia metodología para alcanzar niveles de natación, era libre de sus formas y maneras de utilizar las herramientas pedagógicas para alcanzar los niveles, al punto que no había ninguna consecuencia si el demandante se ausentaba y no prestaba sus servicios, pues ante ello, existía un mecanismo de control frente a las situaciones que se le presentaban, es decir, la novedad donde el docente manifestaba su inasistencia en el horario e informaba su reemplazo, al que demandante debía pagar de su propio pecunio.

De lo anotado se sigue, como lo advirtió el juzgador, que entre las partes se gestó un contrato de prestación de servicios, pues pese a que en principio el recurrente señala que no se valoró en debida forma los correos electrónicos adosados al plenario, en tanto que en ellos se denotaba las capacitaciones para el personal que presta el servicio, se les dan unas pautas y unos criterios para impartir las clases a los afiliados de la entidad, no obstante, de dichos documentos, contrario a lo pretendido, solo se reveló la inexistencia del linaje laboral.

Basta mencionar, que si bien al docente en dichos correos se le invitaba a preparar pruebas, recordaban los espacios habilitados para la práctica de natación, indicaban la asignación de grupos y cronogramas y, se le daban algunas recomendaciones para la prestación del servicio, lo cierto es que dicha situación es una simple coordinación que no esta vedada a los contratos de prestación de servicio, en tanto que el hecho de que existan instrucciones, coordinación de horarios y medidas de supervisión o vigilancia, ello no se traduce en una subordinación de carácter laboral. Es precisamente que tal acontecimiento se refleja en los correos electrónicos, pues de ello no se puede desprender que las citadas acciones desbordaran su finalidad o que rebosara su independencia y autonomía, tan es así que en e-mail calendado del 19 de enero del 2014, se le informó al actor la habilitación de espacios para la práctica de natación, sin embargo, de allí se desprende que no era imperativo asistir, en tanto que en el mismo correo se dejó constancia de que tan solo vinieron a practicar 3 de los docentes asignados.

Insistiendo, que dichas labores ejecutadas se hacían de manera autónoma e independiente, de hecho, el demandante allegó al plenario el testimonio de los señores Gabriel Roberto Carrillo (compañero de trabajo), Jaime Enrique Castañeda Tovar (instructor de natación) y Miguel Antonio Góngora (instructor de natación), que si bien relataron que los señores Nelson Arizmendi y Edgar linares impartían ordenes, no obstante, ello lo fue así únicamente porque manifestaban las horas que debían ejecutar las actividades, al punto que para ser programado debía tener

disponibilidad, ya que según explica el señor Gabriel Roberto Carrillo, "*el coordinador Nelson a veces los llamaba por teléfono, como también nos programaba con anterioridad, uno llegaba un sábado para empezar el ciclo y ya uno miraba en el tablero la programación (…) y así estábamos todos los compañeros programados el mismo día. Indudablemente el, si un profesor no puede asistir avise con anterioridad para no programarlo. También cuando cambiamos de ciclo nos llamaba, profe Gabriel, profe William usted va a trabajar el próximo ciclo el vacacional, lo va a tomar, si lo voy a tomar y ahí los programaban*"

En este punto, considera oportuno la Sala señalar que en relación a las ausencias del demandante se allegaron a folio 22 dos formatos en la que se registraba "NOVEDAD PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO" y en ello se evidencia que el demandante se ausentaba por motivos de viaje familiar y dejaba en reemplazo a la señora Laura Mosquera o al profesor de apoyo, tal y como lo fue los días 20 de marzo del 2013 y 14 de junio de 2012, lo que denota con suficiencia para desvirtuar la subordinación, la existencia de autonomía e independencia en el desarrollo de la relación con la encartada.

Por manera que el juzgador de primer grado, no incurrió en ningún yerro como se le atribuye, además, instando que, si bien hubo una coordinación en las actividades del actor, también lo es que no desbordaron los límites de la independencia y autonomía del contratista en el contrato de prestación de servicios, destacando que el trabajador no recibió llamados de atención, como lo señaló el señor Gabriel Roberto Carrillo, su actividad estaba sujeta a disponibilidad del aquí actor y, en torno al horario que aduce el demandante cumplió, tanto en el escrito de demanda, como su interrogatorio de parte, es dable recordar que el cumplimiento de horarios no es por sí solo una prueba de subordinación, tal como ha dicho también el alto tribunal de la especialidad laboral, precisamente en sentencias SL11661-2015, SL8434-2014 y SL14481-2014.

Las razones expuestas en precedencia permiten concluir que, si bien no fue objeto de discusión que el trabajador prestó sus servicios a la encartada y, por ende, a su favor se le atribuyó la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., lo cierto es que, contrario a lo dicho por la activa, los servicios los prestó a la pasiva estuvieron desprovistas del elemento de subordinación, además, si bien dentro del proceso obra "Planillas de Escuela" y "REPORTE DE ATENCIÓN USUARIOS, no por ello desdibuja automáticamente la naturaleza del vínculo civil que suscito entre las partes, en tanto que ello es solo una coordinación de los contratantes, que buscan el mismo objetivo de dar cumplimiento al contrato de prestación de servicios.

En ese sentido, en nada se reprocha la decisión que tomó el a quo, por manera que al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda la condena solicitada al no hallarse probados los elementos del contrato de trabajo con la pasiva, se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de mayo del 2019, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $350.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
(Salva voto)

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CLAUDIA PATRICIA FALLA CASTELLANOS***
DEMANDADO:	***UMACON OBRAS CIVILES Y ARQUITECTÓNICAS LTDA Y EDWIN HARLEY CONTRERAS ABAUNZA.***
RADICACIÓN:	***02-2017-00671-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA***
TEMA:	***INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Claudia Patricia Falla Castellanos instauró demanda ordinaria contra Umacon Obras Civiles y Arquitectónicas LTDA y Edwin Harley Contreras Abaunza, con el propósito de que se declare que la sociedad comercial y la persona natural como solidariamente responsable, existió un contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual, se convino por un límite inicial de tres meses y que son laboralmente responsables del despido sin justa causa. Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo, se dispusiera a su favor el pago del auxilio de cesantía y su interés, sanción por falta de consignación de las cesantías, en los términos previstos por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sanción por no pago de intereses moratorios, indemnización moratoria, vacaciones, prima de servicios, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que con fecha 10 de junio de 2016, entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término de tres meses, que vinculaba a la actora, para desempeñar el cargo de Profesional Sisoma, pactándose un salario de $2.800.000, mismo que término sin justa causa mediante escrito del día 13 de mayo del 2017 por parte del empleador.

Indicó que la relación se mantuvo hasta el día 10 de junio del mismo año, y dentro del periodo comprendido entre el 10 de junio del 2016 a la citada fecha no le fueron liquidadas las prestaciones sociales y sanciones legales a las cuales tiene derecho por Ley. En tal sentido, señaló que el 16 de junio del 2017, presentó cuenta de cobro por la suma de $1.160.000 por concepto de transporte por desplazamiento del 1 de febrero

al 9 de junio del año aducido, por lo que para el 11 de agosto le consignan la suma de $3.000.000, suma que cubre dicho concepto y parte de la liquidación de las demás acreencias laborales.

Agregó que el día 27 de septiembre del 2017, recibe la suma de $2.000.000, así mismo, el 17 de octubre la cantidad de $1.000.000 y el 10 de noviembre la suma de $916.264, con la finalidad de abonar a la liquidación de las prestaciones sociales, sin embargo, no le han cancelado la totalidad de las prestaciones sociales, sanción moratoria, tampoco la indemnización por despido sin justa causa. (fls. 70 a 112).

2. Contestación de los demandados. Al contestar la demanda se opusieron a la totalidad de pretensiones, argumentando que la terminación de la relación laboral lo fue en debida forma y con los requisitos legales. Respecto de los supuestos facticos señalaron que es cierto la existencia de la relación laboral, el contrato de trabajo a término fijo celebrado y el salario pactado entre las partes, además, que el día 12 de mayo del 2017, le comunicó la terminación del contrato por medio de correo electrónico, por lo que existen 30 días desde la citada data al 10 de junio del 2017.

Agregaron que se liquidaron y cancelaron las prestaciones sociales mediante tres transacciones electrónicas. Propusieron como excepciones las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia legal de las pretensiones, cobro de lo no debido, mala fe de la demandante, abuso del derecho, pago, compensación, falta de causa para pedir y la genérica. (fol. 115 a 132)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de mayo del 2019, en la que la falladora condenó a los aquí encartados a pagar a favor de la actora la suma de $16.403 por concepto de saldo de la cuenta de cobro de transporte por desplazamiento; $10.546.667 en razón a la sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo y $33.600.000 por concepto de la indemnización por despido injusto; condenando, además, al pago de las costas del proceso.

Para arribar a dicha decisiva señaló que se encuentra acreditada la existencia de la relación laboral con la copia del contrato de trabajo, mediante el cual se establece que la demandante celebró un vínculo laboral a término fijo inferior a un año, mismo que se estableció como fecha de inicio el 10 de junio del año 2016, cuya duración correspondió a 3 meses, para desempeñar el cargo de profesional, bajo un salario básico de $2.800.000 pesos; nexo contractual que se prolongó hasta el 10 de junio del año 2017, conforme a la carta de terminación a folio 52 del expediente.

Ahora, en lo atinente al pago de las prestaciones sociales y vacaciones se remitió a la documental aportada por las partes, en la que evidenció que de acuerdo con los pagos realizados por la demandada cubren el valor de la liquidación final de prestaciones sociales, quedando un saldo a favor de la encartada por valor de $1.143.597. De tal manera, refirió que obra en cuenta de cobro en razón al transporte por desplazamiento por valor de $1.160.000, sin que se advierta su pago, por lo que al restarle el excedente arroja una suma insoluta de $16.440 debida por la pasiva.

Por consiguiente, refirió que la encartada no adeudaba prestaciones sociales, ni vacaciones, salvo el saldo insoluto por concepto de transporte de desplazamiento. En esa medida, tampoco habría lugar a la indemnización moratoria al haber sido cancelado en forma oportuna y a la finalización de su contrato de trabajo las acreencias laborales. Respecto de la sanción por la no consignación de cesantías, indicó que, como quiera que no consignó las cesantías causadas entre el 10 de junio al 31 de diciembre del

mismo año, mismas que debían ser consignadas antes del 15 de febrero del año 2017, despacho favorablemente la pretensión, disponiendo un día de salario a razón de $93.333,33, a partir del 16 de febrero del año 2017 y hasta el 10 de junio de la misma, data de terminación del contrato de trabajo, lo cual, equivale a $10.546.666.

Frente a la indemnización por despido sin justa causa, arguyó que la parte actora allegó el contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año por el periodo de 3 meses desde el 10 de junio del año 2016 hasta el 10 de septiembre del mismo año, por lo que luego de hacer alusión a lo dispuesto en el artículo 46 del CST, señaló que en el caso de autos que como no se dio el aviso al contrato, tuvo una primera prórroga del 10 de septiembre al 10 de diciembre del 2016; al igual segunda prórroga del 10 de diciembre del mismo año al 10 de marzo del 2017; y tercera prórroga del 10 de marzo al 10 de junio del año 2017.

Por manera que la parte demandada debió enviar comunicación a la demandante de no prolongar el contrato 30 días antes de su vencimiento, esto es, antes del 10 de mayo del año 2017, sin embargo, recibió comunicación hasta el 13 del mismo mes y año, con fecha de efectividad el 10 de junio del año 2017. Adujó que si bien obra correo electrónico del 12 de mayo del 2017, este no podía tenerse en cuenta en tanto que la dirección electrónica utilizada no correspondía al de la demandante, además, denotaba que fue entregada con posterioridad. En ese sentido, dispuso el pago de la indemnización debido a que el despido fue sin justa causa. (CD fol. 226)

4. Impugnación y límites del ad quem. Los demandados formularon recurso de apelación diciendo que quedó demostrado en el proceso la mala fe de la demandante, toda vez que, aunque no se le envió la carta de despido al correo en que manifestó en su hoja de vida, si tenía otro correo muy parecido en el cual se le comunicaba a la empresa, por lo que considera que desde un principio ya tenía la situación para llegar a estas instancias, ya que es muy difícil que la empresa si es o no el correo electrónico de la trabajadora. Indicó que la demandante realizaba sus actividades personales por fuera de la empresa, muchas de las ordenes impartía vía telefónica, en ese sentido, quedó demostrado por la señora Jenny Andrea González Sánchez, deponente al interior del proceso, le comunicó la terminación del contrato de trabajo en forma verbal, además, mediante correo electrónico, denotando la mala fe de la trabajadora.

Agregó que de conformidad con la Ley 4 de 1913, desde el 12 de mayo al 10 de julio del 2017 hay 30 días, contando que mayo tiene 32 días, por lo que es claro, que el término se entiende común y no los 30 días de 10 a 10 como lo hacer ver la demandada.

De otro lado, señaló que frente a la indemnización moratoria el auxilio de cesantía debe ser liquidado al finalizar, caso en el cual se consigna en un fondo o a la terminación del contrato, por lo que la terminación de contrato fue el 10 de junio, de modo que al hacerle la consignación el 11 de agosto del 2017, de presentarse mora sería únicamente en el tiempo transcurrido del mes de julio, ya que es de ahí donde nace la obligación. (CD fol. 226)

5. Alegatos parte demandada. En su escrito de alegaciones señaló que pagó a la señora Claudia Patricia Falla Castellanos a la terminación del contrato los salarios y prestaciones debidas, además, no se consignaron a un fondo ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249 de CST se liquidaron y se cancelaron proporcionalmente al año laborado y al término de la relación laboral, la cual finiquitó el 10 de junio del año 2017.

Por otro lado, solicitó que se dé cumplimiento al artículo 62 de la Ley 4° de 1913, en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales se entienden suprimidos los feriados y vacantes, a menos de expresarse lo contrario e igualmente al artículo 59 de la misma ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

i. ¿Fue acertada o no la interpretación que la a quo hizo del artículo 46 del CST, al señalar que operó la prórroga automática por un año respecto del contrato que finalizó el 10 de junio del año 2016?

ii. ¿Se equivocó la Juez de primer grado al condenar la sanción moratoria por la no consignación de cesantías, en tanto que el demandante aduce que estas se cancelaron después de finalizada la relación laboral que las ató?

Relación laboral, sus extremos, modalidad y duración

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral a través de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, vigente del 10 de junio del 2016 al 10 de junio del 2017, con un salario de $2.800.000, cuya duración se estipuló de tres meses; ni la labor de Profesional Sisoma que desempeñó la accionante, tampoco que a la finalización del nexo contractual se le adeudan prestaciones sociales, compensación de vacaciones y auxilio de transporte por desplazamiento. Inferencias que sin duda no fueron recurridas por las partes, además, se corroboran con el contrato de trabajo (folios 49 a 51), la comunicación de terminación (folio 13), liquidación de prestaciones sociales (folio 138) y comprobantes de pago (folios 139 a 144).

Indemnización por despido sin justa causa

Debe decirse de manera preliminar que el contrato de trabajo a término fijo, tiene unas características notables que los hacen diferentes de las demás modalidades. Su término de duración, naturalmente, es una condición preponderante en su distinción; razón por la cual, además, de constar por escrito, en él debe indicarse la voluntad de las partes de someterlo o ejecutarlo dentro de un tiempo previamente convenido, pudiendo prorrogarlo de acuerdo con las hipótesis legales previstas, sin que por ello pierda su esencia ni cambie la modalidad de indefinido, a menos que así lo dispongan las partes antes de generarse la tácita reconducción o en el momento de su finalización, cambiando la modalidad y duración del contrato de trabajo.

Es por ello que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia siempre ha mantenido su postura en determinar que el contrato de trabajo a término fijo, "*goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, se desarrolla y se termina conforme lo establecen con claridad, entre otros, los arts. 46, 55 y 61 del CST. La razón es sencilla y es que debe entenderse que a pesar de que el contrato de trabajo a término indefinido es la regla general de la vinculación tal como lo prevé el art. 47*

Ibídem, el legislador dota al empleador de otras modalidades contractuales para que pueda adecuar sus nóminas y personal a las necesidades cambiantes de la producción o de la prestación de servicios." (SL15610-2016)

Así, véase como el legislador realza este tipo de vinculación laboral, al otorgarle como unas de las formas de terminación del contrato, la expiración del plazo fijo pactado, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del C.S.T., lo cual no se equipará al despido sin justa causa.

Esbozados como se encuentran los aspectos normativos sustanciales y jurisprudenciales aplicables al caso, esta Sala evidencia que, en lo atinente a los reproches relacionados con el término de duración inicial del contrato y la contabilización de sus prórrogas y el preaviso, las pruebas precedentemente reseñadas demuestran que entre la sociedad y la trabajadora demandante existió un contrato de trabajo a término fijo acordado por tres meses, del 10 de junio al 9 de septiembre de 2016, que después del vencimiento de este plazo se prorrogó en tres oportunidades, así: (i) del 10 de septiembre al 9 de diciembre de 2016, (ii) del 10 de diciembre de la citada anualidad al 9 de marzo de 2017 y (iii) del 10 de marzo al 19de junio de 2017.

Teniendo presentes las anteriores premisas, no encuentra este Tribunal que la Juez de primera instancia hubiera incurrido en algún yerro concluir que el plazo para la comunicación de no prórroga no fue acatado por parte de la pasiva, pues al contabilizar la última prórroga del contrato de trabajo, es decir, 10 de marzo al 9 de junio del 2017, resulta claro que el plazo para avisar por escrito a la trabajadora la determinación de no continuar el contrato, tenía como fecha límite el 11 de mayo de 2017 y la comunicación del empleador tuvo lugar el 13 de mayo del 2017 (folio 52) o 12 del mismo mes y año (folios 134 a 137) resultando inoportunas en aras de evitar una nueva prórroga de la relación laboral.

En ese sentido, basta con decir que para dar aviso del despido al trabajador de la finalización del contrato de trabajo se contabiliza los días de corrido, sin que al artículo 46 del CST resulte aplicable las previsiones previstas en el Código de Régimen Político y Municipal, Ley 4.ª de 1913, por lo que el cómputo del preaviso para que no operara la prórroga automática del contrato a término fijo no se hizo de conformidad. De cara a los razonamientos empleados por la sociedad demandada, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya explicó las razones por las cuales no es aplicable dicho código a asuntos como el aquí se discute. Precisamente, en sentencia SL986-2019 se concluyó al respecto:

> *"Pues bien, todo lo reseñado, así como los ejemplos enunciados, se traen a colación para precisar:*
>
> *(i) que el contrato de trabajo se ejecuta todos los días, desde su inicio hasta su finalización, incluyendo días de descanso obligatorios y festivos;*
> *(ii) por lo anterior, algunos plazos en días referidos al contrato de trabajo en los cuales la ley no califica si son hábiles o calendario, deben entenderse corridos;*
> *(iii) en tal orden de consideraciones, el plazo de 90 días, precisamente establecido para la liquidación del contrato de trabajo, es calendario;*
> *(iv) las reglas civiles de cómputo de plazos no son compatibles con la lógica del contrato de trabajo; luego, deben aplicarse con el cuidado de no*

confundir la contabilización de los términos[1] con el cómputo de los tiempos de servicio, los plazos de vigencia de los contratos y los otorgados para la realización de ciertas actuaciones relativas al contrato de trabajo (preaviso de 30 días de terminación de contrato a término fijo; aviso de 15 días para el despido por las causales 9 a 15 del literal a), artículo 62 Código Sustantivo de Trabajo; 90 días para la liquidación del contrato de trabajo de los trabajadores oficiales según el Decreto 797 de 1949, entre otros).”

Respecto a la forma de contabilizar los días para efectuar el aviso de no prorroga en la forma antes efectuada, esto es, días continuos sin descontar domingos y festivos, la CSJ- Sala Laboral ha tenido la oportunidad de pronunciarse además en las sentencias de rad. 54358 de 2017, 3613 de 1990 y 18078 de 2018.

Corolario de lo anterior, se sigue mantener la decisión que tomó el A quo en tanto que no se evidencia un dislate en su decisión.

Sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo

En lo atinente a la sanción moratoria por falta de depósito del auxilio de cesantía, aduce el recurrente que el auxilio debe ser liquidado al finalizar la terminación del contrato de trabajo, bien sea consignándolo al fondo o pagándose directamente a la trabajadora, de modo que, en el caso concreto, de aceptarse la mora sería únicamente en el tiempo transcurrido entre la data de finiquito de la relación laboral y la fecha del pago de acreencias laborales, es decir, el 11 de agosto del 2017.

Visto lo anterior, la Sala de entrada advierte desatinada la interpretación que se hace a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues, no solo esta previsto tal situación, sino, además, confunde la sanción con la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, mismas que tienen notables diferencias. En ese sentido la aducida preceptiva establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo.

Es decir, que la aludida sanción se causa por no haber consignado la parte demandada las cesantías causadas en vigencia de la relación en un fondo creado para tal fin y a más tarda el 14 de febrero del año siguiente al que se causaron, lo cual, es precisamente lo que refiere la disposición, en razón a que:

"El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.”

Significa lo anterior, que su causación depende directamente de las cesantías que se hayan causado en vigencia de la relación laboral y que deban ser liquidadas con límite temporal al 31 de diciembre, que para el caso en concreto las causadas entre el 10 de junio al 31 de diciembre del 2016, las cuales deberían ser consignadas a más tardar el 14 de febrero del año siguiente, ya que a partir del 15 de febrero del 2017 iniciaba a contabilizar la moratoria.

[1] Por ejemplo, un *término* es la prescripción trienal de los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del Código Sustantivo del Trabajo. Así las cosas, para su cómputo resulta plenamente aplicable la regla del artículo 67 del Código Civil, según la cual el conteo va *de fecha a fecha*, con exclusión del día en que ocurre el hecho que desencadena la prescripción, como podría ser la reclamación del trabajador. De ahí que si un trabajador presenta oportunamente una reclamación de pago de la indemnización por despido injusto el 2 de mayo de 2019, la prescripción correrá desde el 3 de mayo de ese año hasta el 3 de mayo de 2022.

De modo que las causadas entre el 1 de enero del año 2017 al 10 de junio del mismo año, si debían ser entregadas directamente a la trabajadora como consecuencia de la finalización de la relación laboral, de modo que, si tal situación no acontece, contrario a lo aducido por la censura, no corre la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sino, se impone la indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST, aclarando que esta no es objeto de estudio por la Sala.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente el alcance equivocado que la parte demandada le dio a la norma en comento, además, por cuanto lo señalado por tal disposición, ya ha sido objeto de estudio por la Sala de Casación Laboral del CSJ. A propósito, en sentencia SL417-2021, M.P., Iván Mauricio Lenis Gómez se señaló al respecto:

> *"En efecto, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 contempla la sanción moratoria por no consignación de cesantías, consistente en un (1) día de salario por cada día de retardo cuando el empleador incumple el plazo legal para la consignación de este concepto en el fondo de cesantías seleccionado por el trabajador, esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al que se causa el auxilio. Asimismo, dicha disposición señala en el numeral 4.º que si a la terminación del contrato existieren saldos de cesantías a favor del trabajador que no hayan sido entregados al fondo respectivo, el empleador los pagará directamente con los intereses legales respectivos (…).*
>
> *En este punto es oportuno señalar que dichas indemnizaciones no son concurrentes, puesto que no fue la intención del legislador imponer una doble sanción ante el incumplimiento de una misma acreencia laboral, de modo que lo pertinente es entender que la indemnización por no pago oportuno de cesantías corre hasta la finalización del contrato de trabajo y, de persistir esa deuda, a partir de ese momento comienza a generarse la moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.*
>
> *En otros términos, la indemnización por no consignación de cesantías tiene su fundamento en el incumplimiento del empleador de no pagar tal derecho laboral en el término legal y solo puede generarse durante la vigencia del contrato de trabajo y cesa en el momento en que este termina. Desde este momento, la legislación permite que se genere la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el empleador mantiene deudas por salarios y prestaciones con el trabajador, como lo es el auxilio a la cesantía, y siempre que aquel no haya tenido un actuar revestido de buena fe."*

De allí que no se observe ningún yerro en la decisión que tomó el a quo, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisoria de la Juez primigenia. Costas en esta instancia judicial a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de marzo del 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de $800.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***GERMAN PLAZAS CASTAÑEDA***
DEMANDADO:	***FLOR NANCY RUIZ DE MARTÍNEZ***
RADICACIÓN:	***12-2018-00663-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DE SENTENCIA***
TEMA:	***HONORARIOS***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. German Plazas Castañeda, instauró demanda ordinaria contra Flor Nancy Ruiz de Martínez con el propósito de que se condene a la encartada al pago de sus honorarios por su labor durante once años de trabajo y que de acuerdo con el contrato de suscrito y su adición ascienden a la suma de $75.069.985, que equivalen al 45% de la última actualización aprobada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá y que asciende a la suma de $166.822.197; junto con el pago de las costas procesales.

En sustento de sus pretensiones señaló en síntesis que la señora Flor Nancy Ruiz de Martínez le otorgó poder para representarla judicialmente en la demanda ordinaria laboral en contra del Liceo de Oxford, misma que correspondió al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de junio de 2007. Adujó que el contrato de honorarios fue firmando el 24 de mayo del mismo año, en el que se pactó a "CUOTA LITIS", el cual, de común acuerdo entre las partes, fue reformado y adicionado el 20 de septiembre del 2013.

En ese sentido, indicó que el 12 de junio del 2008, el Juzgado en cita dictó sentencia de primera instancia, condenando a la demandada en ese proceso, providencia que fue confirmada en segundo grado. Así mismo, que se formuló recurso extraordinario de casación, el cual fue declarado desierto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Por lo anterior, refirió que inició demanda ejecutiva, la cual correspondió al Juzgado Sexto Laboral de Descongestión para ejecutivos, autoridad judicial que dictó mandamiento de pago por un total de $92.852.940, misma que siguió adelante con la ejecución en providencia del 13 de febrero del 2014, actualizando el crédito en auto del 21 de noviembre del 2016 en cuantía de $166.822.197.

Sin embargo, advirtió que el 28 de junio del 2017 le fue revocado el poder y, además, el 11 de julio del mismo año, se solicitó la terminación del proceso ejecutivo laboral por

cancelación de la obligación; ante tal petición el juzgado requirió a la parte demandante para que allegará el documento que soportaba la terminación, requerimiento que no se cumplió. (fls. 1 a 9).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones condenatorias de esta. En lo atinente a los supuestos fácticos señaló que es cierto que confirió poder, que la demanda correspondió al Juzgado Segundo Laboral del circuito de Bogotá y que se inició acción ejecutiva. Sin embargo, arguyó que el demandante siempre la atemorizó y le prohibió contar con su familia, al punto que le hizo firmar arbitrariamente el 45% como cuota litis.

Indicó que ante los constantes maltratos y humillaciones decidió revocar el poder al demandante, además, como quiera que no había podido lograr el goce efectivo del derecho, basado en el contrato de transacción suscrito, decidió terminar el proceso. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, buena fe de la demandada, mala fe del actor y la genérica (fol. 74 a 81)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de febrero del 2020, en la que el fallador condenó al demandado a pagar la suma de $4.500.000, por concepto de honorarios por servicios profesionales, suma que deberá ser debidamente indexada al momento de su efectivo pago, teniendo en cuenta su causación el mes de junio del 2017. (Cd fol. 101)

Como sustento de la condena indicó que el ejercicio de la profesión de abogado se cimienta sobre la base de un contrato de mandato regulado en el Código Civil y que por tanto los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad y derechos ciertos e indiscutibles no tienen aplicación. En ese sentido, indicó que las partes aceptaron que el contrato fue de manera escrita y el pago de los honorarios se debe regular conforme a lo señalado el parámetro o el carácter del nexo contractual celebrado, por lo que se tiene que las partes pactaron la remuneración como cuota litis, es decir, a los valores recibidos en materia de acreencias laborales.

Así, las partes acordaron el pago del 45% sobre el valor total de las acreencias obtenidas, de acuerdo con la modificación que se hizo al contrato de prestación de servicios primigenio, ello, con ocasión al proceso ejecutivo que tenía que adelantarse ante instancias judiciales. Entonces, como quiera que a las partes no se le vicio el consentimiento en la celebración del contrato, además, hubo revocatoria del poder, un contrato de transacción donde aparece la suma de $10.000.000 y al prevalecer la forma en que se pactó los honorarios por las partes, el valor de estos corresponde al total de $4.500.000.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación indicando que la labor de un abogado es de medio y no de resultado, por lo que dada a la actividad que ejecutó durante 13 años, las cuales, están de acuerdo la demandada, y teniendo en cuenta los fallos y la liquidación en firme, sus honorarios serían sobre la base de $166.000.000. Puso en tela de juicio el contrato de transacción, en tanto que los derechos ciertos e indiscutibles no pueden ser susceptibles de aquello. (Cd fol. 101)

4.2. Recurso de apelación demandada. Sustento el recurso refiriendo que la parte demandante nunca materializó ni hizo efectivo el goce de los derechos reclamados por la demandada, por consiguiente, no recibió ninguna prestación económica producto de la labor que ejecutó. En ese sentido, manifestó que en el contrato celebrado se pactó los

honorarios de acuerdo a lo que se recaudara y como no se obtuvo ninguna acreencia laboral, no tiene derecho a los honorarios que reclama. Agregó estar en desacuerdo con el monto de las agencias en derecho fijadas. (CD fol. 101)

5. Alegatos parte demandante. En su escrito de alegaciones refirió que el supuesto contrato de transacción que presenta la demandada como prueba no tiene validez al tenor de la disposición contemplada en el artículo 2469 del C.C. Agregó que adjuntó como prueba fotocopia autentica del auto del 21 de noviembre de 2016 aprobando la liquidación del crédito que en ese momento ascendía a la cantidad de $166.822.197, lo cual constituye un derecho cierto e indiscutible que no es conciliable y además un derecho adquirido derivado de una prestación social que es irrenunciable, por lo que mal podría encajar en la supuesta transacción que se hizo.

Por último, consideró que como los jueces pueden fallar "extra petita y ultra petita" sería el caso de contemplar una pretensión subsidiaria de regulación de honorarios, examinando el proceso 530 - 2013.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

i) De cara al contrato de mandato suscrito con la demandada ¿Al abogado German Plazas Castañeda le asiste derecho a percibir honorarios profesionales en cuantía del 45% del valor aprobado en la actualización del crédito causado dentro del proceso ejecutivo a continuación del ordinario, que adelantó para recaudar las acreencias laborales condenadas a favor de la aquí demandada?

ii) ¿El fallador de primera instancia incurrió en error al reconocer al abogado German Plazas Castañeda honorarios profesionales, sin haberse demostrado que cumplió con la condición o consecución del objetivo determinado para su causación, es decir, el éxito de la labor que se le encomendó?

Del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales – Honorarios -

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia del contrato de prestación de servicios profesionales, tampoco que el mismo inició el 24 de mayo del 2007, el cual posteriormente el 20 de septiembre del 2013 fue adicionado y que finalizó el 28 de junio del 2017, como consecuencia de la revocatoria de poder que se realizó ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad. Lo anterior, no solo por cuanto no fue objeto de alzada por las partes, sino porque así se desprende de los medios de convicción aportados al plenario, entre estos, el contrato de prestación de servicios profesionales y su adición (folios 23-25), escrito de revocatoria de poder (folio 48) y auto calendado del 11 de julio del 2017, mediante el cual el juzgado en cita acepta la solicitud (folio 49).

Siendo, así las cosas y, para resolver los problemas jurídicos planteados debe empezar por recordar que el régimen legal que regula la prestación de servicios de aquellas profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que por causa del vínculo la facultad de

representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato, tal y como lo dispone el artículo 2144 del Código Civil.

En tal virtud y con arreglo a los artículos 2142 y 2143 del Código Civil, el mandato es un contrato por el cual una persona confía a otra la gestión de uno o más negocios, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera, a título gratuito o remunerado; dentro de sus características está la de ser consensual, no requiere de formalidades especiales, puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas o verbalmente y, aún con la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra**,** por lo que, se perfecciona con la aceptación del mandatario, tal y como señalan los artículos 2149 y 2150 Ibidem.

Por lo anterior, es de suponer que cualquier ejercicio genere honorarios, pues los profesionales por lo general obtienen el sustento de los servicios que prestan, de manera que debe concluirse que la onerosidad es un elemento de la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales, pero no uno esencial, por cuanto que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de trabajo, es legalmente permitido que quién presta un servicio profesional independiente decida hacerlo en forma gratuita, o que su retribución sea en forma aleatoria, como cuando se confina a la obtención de un resultado. Por manera que los artículos 2142, 2144 y 2184 del Código Civil, señala que los honorarios se reducen a lo pactado entre las partes y que solo a falta de estipulación, el juez tiene la potestad de regularlos.

Acorde a lo indicado, en este asunto se encuentra probado la forma de remunerar los servicios prestados por el actor en su función de abogado del demandado al inició del nexo contractual celebrado, ello en virtud del contrato de prestación de servicios profesionales, que en cuya cláusula segunda quedó anotado lo siguiente:

> *"SEGUNDA: Como honorarios se pacta CUOTA LITIS y la poderdante reconocerá al Apoderado el 30% de la totalidad del dinero que se llegue a obtener por todo concepto en materia de acreencias Laborales, ya sea en forma conciliatoria o por sentencia en la primera instancia. Otrosí Si la sentencia fuere apelada el porcentaje será de un 40% a favor del Abogado. Igualmente las Agencias en Derecho serán para el Abogado."*

Dicha cláusula, fue adicionada por las partes el 20 de septiembre del 2013, así:

> "*QUINTO: Que se hace necesario comenzar un juicio Ejecutivo Laboral para obtener el pago de todas las acreencias ordenadas por los jueces y Magistrados, las partes pactan y aceptan que en vez de un 40%, sea un 45% el valor de los honorarios para el doctor GERMAN PLAZAS CASTAÑEDA, sobre el valor total de las acreencias obtenidas."*

A juicio de esta Sala, el monto de los honorarios será el equivalente al 45% sobre la base de una condición o consecución de un objetivo determinado, bajo un compromiso de honorarios a cuota litis. Luego, en ese sentido se le halla razón a la demandada al afirmar que, al contratar los servicios de abogado, mediante dicho acuerdo, supeditó la totalidad de los honorarios profesionales al éxito de la labor encomendada, es decir, al recaudo de los dineros en el proceso ejecutivo laboral seguido a continuación del ordinario, mismos que al 30 de octubre del 2016 alcanzaban la suma de $166.822.197, según providencia de fecha 21 de noviembre de la misma fecha, proferida por el Juzgado atrás referido.

Sin embargo, esta Sala no puede pasar por alto que yace del acopio probatorio arrimado al proceso, que, si bien el aquí demandante no recaudó la suma de dinero antes referida, pues

ninguna de las actuaciones del abogado German Plazas Castañeda concluyó con la obtención de objeto alguno, además, por cuanto su labor contratada finalizó por revocatoria unilateral del poder que se le confirió, lo cierto es que la actuación judicial que adelantó en representación de la demandada desconvocó a que entre las partes de aquel proceso ejecutivo concluyeran mediante la celebración del contrato de transacción (folios 83 y 84) en cuyas cláusulas primera y tercera se dejó por sentado que el Liceo demandado cancelaría a la señora Flor Nancy Ruiz De Martínez la suma de $10.000.000, de modo que se obligaba a "*dar por terminado el Proceso Ejecutivo Laboral que cursa en el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del radicado 2013-530 por* ***TRANSICIÓN*** *de la obligación*"

Por manera que no resulta equivocado concluir, como lo hizo el sentenciador de primer grado que, aunque no quedó demostrado que la gestión profesional que adelantó el apoderado, hoy demandante, ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, no obtuvo un resultado final efectivo en la misma, como quiera que no recaudo a favor de su mandante la suma de $166.822.197 dentro del proceso ejecutivo, pese a que en la primera y segunda instancia logró fallo condenatorio, empero los honorarios profesionales que se pactaron si se causaron a favor del abogado como consecuencia del acuerdo celebrado entre las partes de la acción ejecutiva que representó, en la forma determinada que realizó el A quo.

En refuerzo a lo anterior tenemos que las partes de común acuerdo dispusieron de manera clara y expresa en el contrato de mandato que la remuneración de la prestación del servicio sería a cuota Litis y textualmente señala *"ya sea en forma* ***conciliatoria*** *o por sentencia"*, de lo cual se desprende que la intención de las partes era de remunerar sus servicios bien sea por disposición final de la autoridad judicial o por común acuerdo entre las partes dentro del Litigio.

En ese sentido, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 1602 del Código Civil no hay lugar a realizar interpretaciones ajenas o que extralimiten o desconozcan la voluntad de los contratantes consignada en el convenio contractual, pues según este precepto normativo todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratantes, por tal motivo, cualquier disposición que haya sido objeto del respectivo acuerdo de voluntades debe ser respetado y ajustarse a lo allí dispuesto, salvo que aquel sea invalidado por consentimiento mutuo o por causas legales, situación que no fue expuesta en las apelaciones.

Además, lo anterior sirve para enervar las afirmaciones dadas por las partes en la alzada, en tanto, que considera este Colegiado que, contrario a lo afirmado por el actor, al pactarse como sistema de cobro de honorarios a cuota Litis, la obligación que adquirió pende de un resultado, pues la participación económica deducible por el abogado está atadas a los resultados económicos del proceso, en tanto que a partir de allí se materializa la remuneración a través de la aplicación de un porcentaje sobre el mismo.

Acotando, que con base en ese resultado que se anotó en precedencia si se causaron los honorarios profesionales, pues la actuación judicial que adelantó el abogado desencadenó en la celebración de un acuerdo voluntades que no puede ser desconocida por la parte demandada en este proceso, máxime cuando se esbozó en la estipulación aducida que la remuneración no sería tan solo por sentencia a su favor, sino por conciliación, que si bien el proceso terminó por transacción, también lo es que se trató de un verdadero acuerdo de voluntades que por cuenta propia dieron culminación del litigio, haciendo notar, que el artículo 1618 señala que conocida la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Por lo anterior, al considerarse que el valor del monto de los honorarios profesionales estuvo atado a la celebración del contrato de transacción, precisando que en nada importa al

proceso si en aquel se desconocieron derechos ciertos o indiscutibles de la demandada, en razón a que ello no es asunto de este proceso, sin más consideraciones que hacer, confirmará esta Sala de Decisión la sentencia de primer grado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de febrero del 2020, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la alzada.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ENRIQUETA RODRÍGUEZ DE PÁEZ***
DEMANDADO:	***FUNDACIÓN ESPERANZA Y AMOR***
RADICACIÓN:	***17-2016-00397-01***
ASUNTO:	***GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA***
TEMA:	***ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA***

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Enriqueta Rodríguez De Páez, instauró demanda ordinaria contra la Fundación Esperanza y Amor, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo con vigencia entre el 1 de junio del 2013 al 31 de enero del 2016, mismo que fue terminado de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador, estando la demandante en tratamiento médico para su recuperación, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social el pasado 20 de octubre del 2010, de conformidad con lo normado por la Ley 361 de 1997 en su artículo 26; que en virtud de la orden de reintegro emitida en sede de tutela por el Juzgado Civil Municipal de Facatativá la terminación unilateral del contrato de trabajo dejó de producir efectos y, por tanto, continua vigente.

En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; el reintegro a un cargo de igual o superior jerarquía, en los términos del juez constitucional; los salarios dejados de percibir, cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir desde el momento de su despido y hasta que se haga el reintegro; indexación. Como pretensiones subsidiarias peticionó que se condene a la demandada al pago de la indemnización por despidos sin justa causa, indexación, perjuicios morales en la suma de mil gramos oro o su equivalente en moneda nacional. En todo caso lo que resulte probado ultra y extra petita y, costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que se ha desempeñado como Auxiliar de Laboratorio Clínico, para la empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Facatativá, mediante la figura de tercerización de las relaciones laborales; que el 31 de enero del 2016 la demandada dio por terminado el contrato laboral pretextando que el Hospital no le había renovado el contrato para el suministro de personal; que su

vinculación en las labores que ha efectuado ha sido ininterrumpida y siempre bajo la dirección y supervisión de las bacteriólogas vinculadas directamente con el Hospital.

Refirió que gozaba de estabilidad laboral reforzada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1996, razón por la cual su contrato no podía ser terminado; además por cuanto no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para su terminación teniendo en cuenta el estado de salud en que se encontraba la trabajadora. Agregó que la fundación tenía conocimiento que se encontraba en tratamiento médico; que se encontraba incapacitada y en proceso de recuperación al momento del despido.

Conforme a lo anterior, señaló que mediante sentencia del 13 de abril del 2016 el Juez de tutela concedió como mecanismo transitorio el amparo por estabilidad laboral reforzada, el cual fue confirmado en segunda instancia; que pese a la citada protección la demandada no ha dado cumplimiento efectivo a la tutela, además, consideró como acoso laboral la jornada laboral arbitraria que se le impuso. Por último, adujó que está pendiente de la programación de una nueva cirugía, conforme al concepto de la Junta quirúrgica de reemplazos articulares llevada a cabo el día 25 de julio del 2016. (fls. 3 a 18 y 264 a 266).

2. Contestación de FUNDACIÓN ESPERANZA Y AMOR. Al contestar la demanda a través de Curador Ad Litem se opuso a las pretensiones de la demanda. Referente a los supuestos de hecho aceptó el primer y segundo del escrito de demanda. En los demás, señaló no constarle, acotando que debían ser probados por la parte demandante. Finalmente, propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de toda obligación, ausencia de derecho sustantivo, prescripción y genérica. (fol. 300 a 306)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de junio del 2019, en la que el fallador declaró probada de oficio la excepción de cosa juzgada respecto del pago de la indemnización de la Ley 361 de 1997, pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social integral; probada la de inexistencia de toda obligación y, ausencia de derecho sustantivo. Así mismo, declaró la existencia de la relación laboral entre el 1 de marzo de 2015 y el 31 de enero del 2016, pero absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, condenando en costas a esta.

Para arribar a tal decisión arguyó que de acuerdo al material probatorio se probó la relación laboral que ató a las partes, sin embargo, no se demostró en el proceso que el nexo fuese bajo la modalidad del contrato de trabajo a término fijo, siendo carga probatoria de la demandante allegar dicho contrato. Así mismo, refirió que tampoco quedó probado el extremo anunciado en la demanda, por lo que tuvo en cuenta el señalado en la providencia del Juez Civil Municipal de Facatativá, donde fijó el extremo inicial el día 1 de marzo del 2015. En lo atinente al extremo final será el indicado en la carta de terminación del contrato laboral, es decir, el 31 de enero del 2016 y como último salario devengado la suma de $528.000.

Posteriormente advirtió que respecto a la estabilidad laboral reforzada que la actora fue despedida el 31 de enero del 2016, momento para el cual padecía quebrantos de salud, por consiguiente, instauró una acción de tutela, la cual, fue fallada a su favor, oportunidad en la que el Juez de tutela ordenó su reintegro en forma transitoria. En ese sentido y luego de citar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 manifestó que le incumbía a la actora como carga probatoria demostrar su condición de persona limitada y que esta debía encajar dentro de las previsiones que consagra la norma, es decir, dentro de las modalidades de limitación moderada o severa. Bajo dicho argumento adujó que ello no

se encontraba probado dentro del expediente, por lo que impuso la absolución del reintegro.

Referente a las demás pretensiones condenatorias indicó que el Juez constitucional dirimió el conflicto propuesto en tanto que el Juez Civil Municipal de Facatativá ordenó a la empleadora la obligación de pagar la indemnización equivalente a 180 días de trabajo según lo previsto en el artículo 26 de la norma atrás citada, los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social integral. De esta forma coligió que como quiera que ya fueron falladas a su favor declaró probada de oficio la excepción de cosa juzgada constitucional, además, por cuanto dichos pagos se realizaron por su empleadora.

En lo atinente a la pretensión subsidiaria denotó que la indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con los lineamentos jurisprudenciales le corresponde al trabajador demostrar el despido e incumbe al empleador demostrar que fue con una justa causa. Dicho ello, destacó que la demandante no cumplió con la carga de demostrar el contrato de trabajo a término fijo lo que impidió establecer el tiempo que pactaron las partes, determinar las prórrogas del mismo y, por ende, liquidar la indemnización solicitada, por lo que ante dicha circunstancia absolvió a la demandada de esta pretensión. Por último, concluyó que con respecto de los perjuicios morales solicitados no fue debidamente demostrados en el proceso y, por tanto, arguyó que no puede ser acogida la pretensión. (CD fol. 323)

4. Alegatos de conclusión. Vencido el término concedido en providencia anterior, las partes no presentaron alegaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones de conformidad con el artículo 69 del CPT y de la S.S.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿Entre Enriqueta Rodríguez De Páez y la Fundación Esperanza y Amor, existió un contrato de trabajo en los extremos y modalidad señalados en la demanda?

(ii) En caso positivo ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral la accionante se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?

(iii) En caso positivo, ¿La actora tiene derecho al reintegro a su lugar de trabajo, con el consecuente pago de salarios y demás acreencias laborales solicitadas en el escrito introductor?

(iv) De lo contrario, ¿Tiene derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa, indexación y perjuicios morales, como se pretende de manera subsidiaria en la demanda?

Contrato de trabajo, sus extremos temporales, duración y salario.

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, en tanto que este hecho fue aceptado en la contestación de la demanda.

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar la modalidad contractual celebrada entre las partes, los extremos temporales de la relación y el salario devengado en vigencia de la relación laboral, por manera que para efectos de entrar a su estudio se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al instructivo, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En ese sentido, el artículo 45 del C.S.T., refiere que la duración del contrato de trabajo puede celebrarse "*(…) por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada*" y que para que produzca sus efectos, el primero de ellos, es decir, a término fijo, debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente, tal y como lo dispone el artículo 46 ejusdem; mientras que el segundo, deberá convenirse en forma expresa por las partes y determinarse su límite temporal, dado que el artículo 47 ibidem señala que el contrato de trabajo "*cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada*", se entenderá a término indefinido, quiere ello decir, que debe específicamente acordarse cuál es labor u obra para la que se contrata a la trabajadora, su programación o el punto de medición específico que permita suponer su límite temporal.

En línea con lo expuesto, analizadas en conjunto las pruebas documentales aportadas por la parte demandante, con total certeza se razona de las mismas que no se encuentra demostrada la existencia del contrato de trabajo a término fijo que pregona la accionante, ni que el mismo tuvo como fecha de iniciación el 1 de junio del 2013, siendo de su resorte probar dicha circunstancia en los términos del artículo 167 del C.G.P.

En ese sentido, la Sala comparte las conclusiones a las que llegó el Juez de primer grado, por cuanto las documentales aportadas al plenario por el extremo activo de esta acción, no conducen a probar que entre las partes hayan celebrado un contrato de trabajo a término fijo, pues no se allegó el escrito donde las partes inequívocamente decidieron dar límite a la relación laboral, tal y como lo dispone el artículo 46 del CST, tampoco se demostró con otros medios probatorios la existencia del mismo, en los términos del artículo 54 *ejusdem*, en tanto que si bien se allegaron los otro si 03 y 04, "AL CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO" (folios 30 y 31), de ellos no se puede extraer la temporalidad ni condiciones del contrato primigenio y que dio origen a las adiciones de la relación laboral, donde pudiera evidenciarse la voluntad común de los contratantes para tener por fijo un contrato de trabajo, desde el 1 de junio del 2013.

Además, el haz probatorio arrimado al proceso, en nada prueba que la relación laboral hubiere iniciado el 1 de junio del 2013. Por manera que si bien en esta litis no existe discusión respecto a que la demandante prestó sus servicios a favor de la demanda, lo cierto es que, la actora no cumplió con la la carga de la prueba que le correspondía para acreditar, no solo el contrato de trabajo a término fijo que aduce celebró con la encartada, sino, además, el extremo inicial de la relación laboral.

Pese a esta orfandad probatoria la Sala no puede pasar por alto que al desconocerse el extremo, es deber del Juzgador acudir al de las situaciones objetivas presentadas durante la relación laboral, examinando las circunstancias que rodearon la actividad desarrollada desde su iniciación y con base en ello, declarar la relación dentro de un periodo determinado aun cuando no se haya acreditado exactamente la vigencia de la relación laboral, lo que ha denominado la jurisprudencia como mínus petita.

En ese contexto, este principio, nace de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el cual se configura cuando el operador judicial acepta parcialmente

las pretensiones de la demanda, a pesar de que el demandante pretende más, pero tan solo alcanzó a acreditar parte de lo pedido. Por lo tanto, corresponde al operador judicial estudiar las súplicas demandadas de cara a lo probado, en virtud de la capacidad de fallar minus petita, sin que ello implique desbordar objetivamente lo solicitado. A propósito de ello se puede consultar la sentencia SL 4816 – 2015, SL911-2016, SL2673-2019, SL3358 -2019, entre otras.

Atendiendo el criterio jurisprudencial expuesto, el Juez de primer grado no se equivocó al establecer que el extremo inicial fue el 1 de marzo del 2015, data que se dejó sentada en la sentencia de tutela de primera instancia proferida por el Juez Civil Municipal de Facatativá del 13 de abril del 2016, misma en la que se tuvo como hecho probado el inició de la relación laboral que ató a las partes.

Empero, si erró al mantener la existencia del contrato de trabajo bajo la modalidad a término fijo, cuando ni siquiera lo halló demostrado en el presente asunto, siendo necesariamente que, ante su ausencia, es decir, al no encontrar prueba del plazo definido, en tanto que debía constar expresamente, sea cual fuere el medio de convicción que le acompañare, la suerte que debía correr la relación laboral era tenerla por regida bajo un contrato a término indefinido, siguiendo el derrotero normativo traído a colación en líneas atrás expuestas.

Bajo ese entendimiento, se sigue mantener la existencia de la relación laboral a partir del 1 de marzo del 2015, pero bajo la modalidad de un contrato a término indefinido. Ahora, en lo concerniente al extremo final, corresponderá al 31 de enero del 2016, no solo porque así se desprende de la carta de terminación que obra a folio 25, sino por cuanto no fue un hecho controvertido por las partes en el escrito de demanda y su contestación.

Por último, referente al salario devengado en vigencia de la relación laboral, es del caso precisar que, si bien no se expuso situación fáctica referente a ello en el escrito introductor, no obstante, corresponderá al salario mínimo legal vigente para la época, pues contrario a lo dicho por el A quo, la Sala considera que no puede tener en cuenta el indicado en los comprobantes de nómina a folio 28, esto es, la suma de $528.000, ya que es inferior al salario mínimo legal, es decir, a $689.455.

Reintegro ordenado mediante sentencia de acción constitucional

Revisadas las documentales que obran a folios 233 a 253 del expediente, se tiene que el Juzgado Civil Municipal de Facatativá, ordenó el reintegro de la demandante al cargo de auxiliar de laboratorio que venía ocupando o a uno de semejante jerarquía, sin solución de continuidad. La señalada protección la hizo extensiva hasta que el Juez natural decidiera acerca de la legalidad o no del despido.

Así mismo, el pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debidamente indexada, así como los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar durante el despido y hasta el reintegro; los aportes al sistema de seguridad social dejados de cotizar. Lo anterior fue confirmado por el juzgador de segunda instancia en decisión del 18 de mayo del 2016.

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si la empresa actúo de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento de terminar la relación laboral, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por

grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por el Juzgador de primer grado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 31 de enero del 2016.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud de la trabajadora es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares,** experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria",* entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que la demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores paramentos la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que en el caso en concreto, no existe duda que para el día 31 de enero del 2016, fecha en que la demandada terminó el contrato de trabajo a la demandante, su condición de salud se hallaba bastante comprometida en razón a la patología diagnosticada "COXARTROSIS NO ESPECIFICADA", misma que según se evidencia del resumen de historia clínica de la Junta Quirúrgica Reemplazos Articulares Servicio de Ortopedia Clínica Fundadores del 25 de enero del 2016, se trata de "POP RTC IZQUIERDA EN ENERO DE 2016 CON FRACTURA PERIPROTESICA INTRAQX MANEJADA CON CERCLAJE DE ALAMBRE. DOLOR EN ÁREA LATERAL DE CADERA CON LIMITACIÓN SIN MEJORÍA CON MANEJO MÉDICO."

Además, se observa de la historia clínica obrante a folio 36 del expediente, que la señora Enriqueta Rodríguez De Páez fue ingresada el 5 de enero del 2016 a la Clínica Fundadores, para reemplazo total de cadera izquierda, misma que fue dada de alta el 7 del mismo mes y año; como consecuencia de ello, según reporte de certificación de incapacidades adosado a folio 32, la accionante venía gozando de incapacidad médico laboral y, por ende, estas fueron puestas en conocimiento del empleador, tal como se evidencia 37, 38, 44 y 45 del expediente.

Por último, del acopio probatorio arrimado al plenario se evidencia que la promotora del proceso se encontraba iniciando su proceso de calificación por pérdida de capacidad laboral, pues al superar los 120 días de incapacidad laboral, la NUEVA EPS mediante comunicado del 11 de noviembre del 2015, envío a Colpensiones el concepto de rehabilitación, para efectos de establecer el grado de merma laboral. (folios 78 a 80)

Lo anterior permite concluir que (i) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto la demandante se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud; (ii) aquella situación era de conocimiento de la demandada, en tanto que le fue puesto en conocimiento las incapacidades laborales derivadas de tal situación médica; iii) a propósito de las incapacidades médicas al momento del finiquito laboral la actora se encontraba gozando de dicha licencia temporal; (iv) por manera que el problema de salud por parte de la trabajadora determinó la finalización de su vinculación contractual, o pues así ha de presumirse en razón a que la demandada en ningún momento desvirtuó esta circunstancia ni esgrimió un argumento razonable y objetivo, pues en la carta de terminación del contrato laboral (folio 25) tan solo se le comunicó "*por medio de la presente le notificamos la terminación del contrato el día 31 de Enero* (SIC) de 2016; (v) evidenciándose de ello, que no solo no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, sino que como ya se advirtió en líneas precedentes, lo fue sin justa causa.

De este modo, al constatar que la desvinculación se produjo sin una justa causa y sin el aval de la autoridad laboral correspondiente, se deberá presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba a la señora Enriqueta Rodríguez De Páez y en tal virtud a esta corporación corresponde confirmar la orden de tutela del Juzgado Civil Municipal de Facatativá, decisión que fue avalada por el Juzgado

Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de la misma municipalidad. Es decir, la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro de la trabajadora a su lugar de trabajo.

No obstante, se adelanta desde ya, que esta Sala no puede hacer pronunciamiento alguno respecto al pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir, cotizaciones al sistema de seguridad social integral y, la indemnización de 180 días que dispone el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debido a que sobre ello se presenta una situación de cosa juzgada constitucional derivada de las sentencias de tutela ya anotadas, a través de las cuales se le reconoció dichas acreencias laborales derivadas del derecho que aquí se reclama. Se insiste que ni siquiera es dable establecer si hubo o no pago de la misma, pues dicha controversia debe zanjada al interior del mecanismo de tutela, mismo que como se evidencia del acervo probatorio, ya hizo uso la actora.

Surge de lo dicho, que está Sala habrá de confirmar el ordinal primero de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, pero por las razones aquí expuestas, que no son las mismas señaladas en el fallo; se modificará el numeral segundo de dicha decisiva, para en su lugar señalar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1 de marzo de 2015; y revocará el numeral tercero, para en su lugar mantener incólume lo dispuesto por el fallo de tutela proferido por el Juzgado Civil Municipal de Facatativá el 13 de abril del 2016, que a su vez fue confirmado por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de la misma municipalidad el 18 de mayo del mismo año en el sentido de declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro de la trabajadora a su lugar de trabajo.

Por último, esta Sala no se pronunciará respecto de las pretensiones subsidiarias ante la prosperidad del reintegro. Las costas procesales serán en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el ordinal primero de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, por las motivaciones expuestas.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo de dicha decisiva, para en su lugar, declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1 de marzo de 2015, en armonía con las consideraciones anotadas.

TERCERO: REVOCAR el numeral tercero, para en su lugar mantener incólume lo dispuesto por el fallo de tutela proferido por el Juzgado Civil Municipal de Facatativá el 13 de abril del 2016, que a su vez fue confirmado por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de la misma municipalidad el 18 de mayo del mismo año en el sentido de declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro de la trabajadora a su lugar de trabajo.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada, en los términos del numeral 4° del art. 366 del CGP. Se fijan como costas la suma de $500.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***GLORIA NAIDU CHACÓN GONZÁLEZ***
DEMANDADO:	***UNIDAD BIOMÉDICA INTEGRAL PREVENIR ES VIDA SAS***
RADICACIÓN:	***39-2017-00701-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDADA***
TEMA:	***CONTRATO REALIDAD***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Gloria Naidu Chacón González, instauró demanda ordinaria contra Unidad Biomédica Integral Prevenir es Vida SAS, con el propósito de que se declare sin solución de continuidad el vinculo laboral existente entre las partes desde el 30 de octubre del 2013 al 12 de junio del 2017 y, como consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de los salarios causados desde el 1 de marzo al 12 de junio de 2017, auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensión, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo por causa imputable al empleador e indemnización moratoria. Así mismo solicitó lo que resulte probado de acuerdo a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a prestar sus servicios personales a favor de la pasiva el día 30 de octubre del 2013, mediante contrato verbal a término indefinido, teniendo como último cargo desempeñado auxiliar de laboratorio y enfermería y como remuneración mensual la suma de $1.000.000. Refirió que la terminación de dicho contrato fue por renuncia provocada y con causas imputables a la entidad empleador.

Agregó que la encartada no pagó a la terminación de su contrato la liquidación final a que tiene derecho, razón por la cual reclamó su reconocimiento en comunicación recibida el 20 de junio de 2017, misma que le fue respondida en forma desfavorable. Por último, significó que durante la ejecución del contrato de trabajo nunca tuvo independencia ni autonomía, pues siempre estuvo sujeta al cumplimiento del horario asignado, así como a las instrucciones y órdenes. (fls. 2 a 9).

2. Contestación de Unidad Biomédica Integral Prevenir es Vida SAS. En su respuesta se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, señalando que

el vínculo laboral no surgió de modo alguno y, por ende, no esta obligada a realizar los pagos que se pretenden. Referente a los supuestos facticos, indicó que la demandante desempeñó labores como auxiliar de laboratorio de la doctora María Teresa Díaz Rodríguez (q.e.p.d.), quien falleció el 23 de febrero del 2017, fungía y desarrollaba su actividad profesional mediante contrato de corretaje con la empresa demandada.

Refirió que durante el tiempo comprendido entre abril 1 de 2015 y abril 1 de 2016, suscribió un contrato de arrendamiento, tiempo durante el cual Raúl Alfonso Perilla, tuvo el control y manejo total de la empresa, aunado a que los socios no podían realizar ningún tipo de vinculación laboral ni comercial bajo la referente social, tampoco labores propias de su profesión en las instalaciones de la Unidad. En ese sentido, agregó que la demandante tenía como única jefe a la doctora María Teresa Díaz Rodríguez (q.e.p.d.), que fungía como profesional independiente con contrato de corretaje con la Unidad y se encontraba debidamente inscrita en la Secretaría de Salud de Bogotá.

Aclaró que la certificación expedida en fecha junio 12 de 2017, expedida por la empresa demandada fue solicitada por la actora, aprovechándose del estado de vulnerabilidad en que se encontraba por el deceso lamentable de la galena, además, utilizando chantaje emocional en la relación que existía, aparentemente con fin de presentarla en el colegio de uno de sus hijos. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del contrato realidad, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y genérica. (fols. 49-65)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de mayo del 2019, en el que la falladora declaró la existencia de un contrato de trabajo desde el 30 de octubre del 2013 hasta el 12 de junio del 2017 y condenó a cancelar prestaciones sociales, vacaciones, sanción moratoria, aportes pensionales y costas del proceso a favor de la actora (CD fol. 71)

Para arribar a tal decisiva, limitó el problema jurídico a dilucidar si el cargo de auxiliar de laboratorio de enfermería que realizó la demandante en instalaciones de Biomédica se hizo en virtud de un contrato de trabajo suscrito, por lo que luego de referirse a las pruebas y al contenido de los artículos 22 a 24 del C.S.T., destacó que evidencia la prestación personal del servicio, a pesar de que la demandada señalará que lo fue única y exclusivamente a la señora María Teresa Díaz Rodríguez (q.e.p.d.).

Ello, como quiera que lo evidenciaba del certificado expedido por el representante legal de la empresa, mismo en el que refiere la prestación de sus servicios desde el 1 de mayo del 2013, no obstante de que en el citado documento se citara que se hizo a través de un contrato de prestación de servicios y en el laboratorio clínico particular de propiedad de la Dra. María Teresa Díaz Rodríguez, pues, de ser así no se hubiere interrumpido cuando la citada galena se separó de la unidad por su tratamiento oncológico o cuando se arrendó el establecimiento de Comercio.

Dijo, que la demandante siempre ejerció las mismas labores, también prestó servicios generales e incluso tenía llaves de la empresa dado que daba ingreso al odontólogo y al médico que también atendía allí. Además, como quiera que los testigos denotaron que ejerció labores de recepción de pacientes, toma de muestras y recaudaba dineros del laboratorio, labor que ejecutó en forma permanente, tanto para María Teresa Díaz Rodríguez (q.e.p.d.), como a la Unidad Biomédica.

Bajo ese contexto, resaltó que nació a favor de la actora la presunción establecida en el artículo 24 del CST, sin que la pasiva la derruyera, pues, sobre tal aspecto no se

allegó ningún medio de prueba. Adicionó que, aunque hubo un periodo en el que directamente no estaba en Biomédica, sino, otra persona, evidenció que se configuró la sustitución patronal, conforme a lo dispuesto en el artículo 67 del CST. Concluyendo que existió un verdadero contrato laboral desde el 30 de octubre del 2013 hasta el 12 de junio del 2017, por lo que procedió a despachar favorablemente las pretensiones atrás anotadas. (CD fol. 105)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandada. Formuló recurso de apelación indicando que la Unidad Biomédica no tuvo una relación comercial o laboral de manera directa con la demandante, en tanto, que confesó en su declaración de parte haber tenido relación laboral con la señora María Teresa Díaz Rodríguez (q.e.p.d.), persona que la contrató, emitió órdenes y quien le cancelaba su remuneración. Por otro lado, significó que la unidad biomédica no cuenta con su habilitación para prestar servicios de salud, en tanto que su objeto es arrendar parte del inmueble, para que éste sea explotado por un tercero, por manera no asumiendo responsabilidad, tampoco carga laboral de las personas que contrata cada uno de los profesionales que allí están autorizados para prestar el servicio. Concluyendo que existe falta de legitimación en la causa por pasiva. (CD fol. 105)

6. Alegatos de conclusión. Vencido el término concedido en providencia anterior, las partes no presentaron alegaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿La sociedad Unidad Biomédica Integral Prevenir es Vida SAS fungió como empleador de la aquí actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

De la relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos:

> *"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."*

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, para efectos de evaluar si la aquí actora acreditó que prestó sus servicios en favor de la encartada, encuentra la Sala que se aportó certificación adosada a folio 19 del expediente, fechada el 12 de junio de 2017, en donde se evidencia que el señor José I. Grimaldos B., en calidad de Administrador "*lob clínico"* de la Unidad Biomédica Integral Prevenir es Vida S.A.S., da cuenta que la promotora del proceso trabajó en el *"laboratorio clínico particular, de propiedad de la Dra.* ***MARÍA TERESA DIAZ RODRÍGUEZ****, desempeñando el cargo de auxiliar de laboratorio y enfermería, desde el día 30 de Octubre del año 2013, con un contrato de prestación se servicios. Demostrando compañerismo, responsabilidad, honestidad y puntualidad, con un comportamiento integral en el desarrollo de la labor asignada"*, lo que es suficiente para demostrar la prestación del servicio desde dicha data, tal y como se indicó en el libelo introductor, pues conforme lo ha señalado ampliamente la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral:

> "*El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial (…)" (Sentencias SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018)*

En ese sentido, si bien el extremo pasivo indicó que el documento que se le atribuye se elaboró en virtud de la solicitud que realizó la demandante, misma que se provechó del estado de vulnerabilidad por el deceso de la señora María Teresa Díaz Rodríguez

(q.e.p.d.) y sacar provecho para su expedición, encuentra la Sala que ello solo quedó en una simple afirmación, ya que no se soportó en ningún elemento de prueba que permita dar fiel certeza de que tal situación aconteció.

Por el contrario, lo que si refleja sin asomo de duda la certificación es que fue creada por la misma empresa, pues viene respaldada por la firma de José Ignacio Grimaldos Blanco, representante legal de la Unidad demandada, quien cuenta con "*amplios poderes para actuar en todas las circunstancias en nombre de la sociedad"* y, por ende, la sociedad queda obligada por los actos y contratos que celebre, según se colige del certificado de Existencia y Representación Legal, visto a folio 21 y 22 del expediente.

En este orden de ideas, no hay ninguna razón para dudar de la certificación expedida por la empresa, máxime cuando no se formuló sobre aquella tacha de falsedad ideológica o material en la etapa procesal correspondiente, como tampoco se cumplió con la carga de contraprobar lo certificado conforme al art. 167 del CGP, en armonía con los dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS.

Además, aunque todo el andamiaje argumentativo de la demandada se centró en establecer que la actora no prestó sus servicios personales a su favor, como quiera que lo fue con la señora María Teresa Díaz Rodríguez (q.e.p.d.), en tanto que ella actuaba en calidad de arrendataria del área de laboratorio clínico, sin embargo, tal como lo coligió la Juez de primer grado, es evidente que sus labores desempeñadas fueron a favor de la empresa, ya que probado esta que la actora realizó su labor de auxiliar de laboratorio y de enfermería al interior de la empresa, al punto que el representante legal al ser interrogado manifestó que la señora Gloria Naidu Chacón González, mantuvo la dirección del laboratorio en las veces que Díaz Rodríguez se encontraba en tratamiento médico y que luego de su fallecimiento, asumió la dirección del laboratorio, exigiendo a la trabajadora organizar su vinculación laboral, así como los recaudos que se hacían por la prestación del servicio de laboratorio médico.

En ese sentido, también se encontró que la trabajadora realizaba labores de recepción, realizaba aseo general y veló por la seguridad del mismo, pues así lo despusieron los testigos, quienes señalaron que la demandante realizaba aseo general, toma de muestras, caja, recepcionista, atención a los pacientes y recibiendo los dineros por la prestación del laboratorio médico al interior de la sociedad demandada. Tal es el caso de la señora Esther Sanabria, persona que afirmó conocer a la demandante de tiempo atrás al haber laborado en el mismo sitio, y cuyo testimonio apuntó a que la prestación de servicios de la trabajadora en la forma precedida. Así mismo, se escuchó al señor Alejandro Neida Méndez, persona que señaló ver a la demandante realizar toma de muestras, cobrando por dicho servicio e inclusive en servicios generales, al punto que daba apertura al consultorio médico. Lo dicho en precedencia, fue ratificado por la declaración rendida por Julio Alfredo Rodríguez, quien sostuvo en forma coherente que la demandante era quien entrega los resultados, cobraba y hacia aseo al interior de la Unidad Médica.

Y aquí, llama la atención de la Sala que la parte demandada señalara que arrendó a la señora María Teresa Díaz Rodríguez (q.e.p.d.) el área de laboratorio médico, sin embargo, no se allegó el mentado contrato, pese a que el representante legal indicó de su existencia; en todo caso, tampoco es de recibido la imputación que se hace frente a la sentencia censurada, la cual, se fundamenta en que la encartada no tiene por objeto la prestación de servicios médicos, ya que su esencia es arrendar parte del inmueble, para que éste sea explotado por un tercero, situación que aduce desvirtúa la existencia de un contrato de trabajo. No obstante, la realidad que se refleja al interior

del proceso no es otra que la inexistencia de dicho fin social, por el contrario, lo que salta a la vista es que según el propio certificado de existencia y representación legal de la empresa y que obra a folios 21 y 22 del informativo, la empresa está dedicada única y exclusivamente a la "*prestación de servicios de salud, laboratorio clínico general y especializado, medicina general y especializada, odontología general y especializada, medicina alternativa, medina de salud ocupacional, estética y consulta médica domiciliaria.*", por manera que resulta inane los esfuerzos que hace la recurrente, para desvanecer la prestación de los servicios personales que probó la demandante a favor de la encartada.

Así las cosas, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la actora al servicio de la sociedad Unidad Biomédica Integral Prevenir es Vida SAS, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que la promotora del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, máxime que, como se vio, fue nulo el esfuerzo de la accionada por desvirtuar la presunción deprecada, quedando establecida la prestación del servicio personal y subordinación, propia de la naturaleza de la labor que realizó la señora Chacón González al ser contratada.

Como se memora, las situaciones fácticas que trae la parte demandada a colación no tienen por objeto desvirtuar la presunción legal de la que es beneficiaria el extremo activo y entre eso porque lo que pretende demostrar con las documentales aportadas en la contestación de la demanda, es significar el contrato de arrendamiento que celebró para que terceras personas cumplieran con el objeto social de la empresa (folio 38 y 39), tal es el caso también del nexo contractual celebrado entre Raúl Alfonso Perilla y la Unidad Biomédica Integral Prevenir es Vida S.A.S., cuyo objeto fue conceder el uso, goce y la explotación económica, como también el Good Will de la razón social de la citada sociedad, por un término de duración de doce meses, contados a partir del 1 de abril de 2015.

En ese contexto, tal como lo fue con el supuesto contrato de arrendamiento celebrado con María Teresa Díaz Rodríguez (q.e.p.d.), la esencia de los citados contratos no es otro distinto a la realización de todas las actividades que le permiten a la Unidad llevar a cabo y cumplir su objeto social, de ahí que sea evidente que la demandante ejecutara todas las labores propias del cargo, por lo menos del área de laboratorio clínico y por el tiempo que certificó el mismo dador del laborío. De ahí que no tenga sentido la existencia de dichos nexos contractuales, máxime, cuando el mismo representante legal de la unidad tenía la firme convicción de que la naturaleza del vínculo que ataba a la demandante era laboral, no solo porque así lo certificó, sino, por cuanto invitó a la actora a continuar con sus servicios, pero mediante una vinculación formal.

Además, la Sala no puede pasar por alto, que aun cuando se tuviere por existente los citados contratos de arrendamiento celebrados, los mismos se caen de su propio peso, nótese que aquí la demandada señaló la vinculación que ató a la demandante lo fue por todo el tiempo de servicios a favor de María Teresa Díaz Rodríguez (q.e.p.d.), es decir, del 30 de octubre del 2013 hasta el 12 de junio del 2017, pero, ahora pone de presente la existencia de otra relación contractual de índole civil, no con la citada señora, sino con Raúl Alfonso Perilla.

Siendo ello así, esta circunstancia, si bien, por si sola, no es prueba de subordinación, si permite inferir que los contratos fueron aparentes y no reales, aunado a que deja en

evidencia que por lo menos María Teresa Díaz Rodríguez (q.e.p.d.), persona a quien se le atribuye a su favor la prestación del servicio de Gloria Naidu Chacón González, ejerció dicha condición en calidad y representación del empleador, en los términos del artículo 32 del CST, de ahí que se derribe los reproches señalados en contra de la sentencia de primer grado.

Al respecto, en providencia del 25 may. 2005, rad. 28779, se dijo:

> *"Dicha figura jurídica se da por virtud de la ley laboral (artículo 32 del CST), del convenio o del reglamento interno de trabajo y tiene por finalidad, la de ejercer el poder subordinante durante la relación laboral, con todos los matices de ese elemento, característico de la relación laboral, toda vez que, como se indicó, el empleador no está en posibilidad de ejercerlo en todos los frentes de trabajo, en las distintas factorías, oficinas o dependencias pertenecientes a una misma persona natural o jurídica.*
>
> *Esa figura, de la representación, implica que el delegado o encargado, obliga, con sus actos u omisiones, al representado o delegatario -empleador-, quien deberá asumir las consecuencias de las conductas de aquel, por entenderse que de él provienen las gestiones, comportamientos, decisiones o directrices que ejerce e imparte el representante al grupo de trabajadores a su cargo, es decir que los pagos salariales, prestacionales, indemnizatorios de los empleados corren a cargo exclusivo del empleador, sujeto del contrato de trabajo, quien se beneficia de los servicios prestados por los trabajadores, sin que transmita sus obligaciones a quien lo representa, sino que delega expresa o tácitamente sus derechos, con respecto a un grupo determinado de trabajadores que laboran para él.*
>
> *[…]*
>
> *Un gerente, un administrador, un director o un liquidador, como son algunos de los ejemplos que prevé el artículo 32 citado, no se convierte en empleador de los trabajadores, pues continúa tal carácter en el dador del empleo, aun cuando delegue determinadas funciones, como las de contratar personal, dirigirlo, darle órdenes e instrucciones específicas respecto a la forma de la prestación del servicio o de la disciplina interna del establecimiento o entidad. Tampoco, aquella norma desplaza o asigna algún tipo de responsabilidad en materia de las obligaciones laborales, y por ello, mal podría predicarse una solidaridad, a la que aspira el recurrente."*

En esta perspectiva, se concluye que la Juez de primera instancia no incurrió en el dislate que le atribuye la apelación de la demandada, pues se itera, la decisión que tomó fue a partir de las pruebas recaudadas, de las cuales dedujo la prestación del servicio personal de la demandante en favor del extremo pasivo de esta Litis, por la misma razón le atribuyó correctamente la presunción contenida en el artículo 24 ejusdem, es decir, que estuvo precedida de subordinación por parte de la accionada, en tanto que esta no allegó ninguna prueba del hecho en su contra.

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los documentos enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio del demandante a favor de la sociedad Unidad Biomédica Integral Prevenir es Vida S.A.S., y la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de dicha prestación, misma como se reitera, se deduce válidamente de las pruebas, a la Sala no le queda otro camino que confirmar la decisión de la Juez primigenia.

Costas. En esta instancia a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de mayo del 2019, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de $800.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***RICARDO LEÓN BUITRAGO***
DEMANDADO:	***EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. E.S.P.***
RADICACIÓN:	***31-2019-00825-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA***
TEMA:	***PERJUICIOS MORALES***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ricardo León Buitrago, instauró demanda ordinaria contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. E.S.P., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido durante el periodo comprendido entre el 16 de enero del 2012 hasta el 31 de enero del 2019, mismo que terminó por el empleador sin justa causa.

Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de comisión del otrosí No. 3 al convenio 1029 de 2010 con la Secretaría de Movilidad; comisión del proyecto "Detención Electrónica de Infractores" DEI al convenio 1029 de 2010 con la citada secretaría; comisión del proyecto "Centro de Gestión" CGT modificatorio No. 1 del otro si No. 2 al anexo financiero fase I del Convenio Interadministrativo aducido; comisión por venta de teléfonos cisco al IDU: el valor correspondiente a $1.800.000; comisión por la prórroga y adición de "Gestión documental" a la Secretaría Distrital del Hábitat; comisión del "Proyecto Línea 195" a la Secretaría Distrital del Hábitat. Así mismo, peticionó el reajuste a las vacaciones, indemnización por el no pago de salarios (comisiones), indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por perjuicios mayores a los establecidos en el artículo 64 del CST, indexación legal, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones indicó en síntesis que el 16 de enero del 2012, celebró contrato de trabajo a término indefinido con salario integral, aduciendo que solicitó el pago de las comisiones antes referidas, sin embargo, las mismas le fueron negadas. Indicó que el 31 de enero del 2019, la accionada le dio por terminado el contrato de trabajo unilateralmente y sin justa causa, no pagándose las comisiones a que tiene derecho. (fls. 5 a 8).

2. Contestación de Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. E.S.P. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, a excepción de la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales de la relación y la terminación del contrato de trabajo sin justa causa. Argumentó que pagó todo concepto causado al demandante, se encuentra a paz y salvo, lo cual, incluye salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, además, el rubro por concepto de comisiones a que tuvo derecho. Sobre los supuestos fácticos reiteró que siempre que hubiese tenido derecho a comisiones, las mismas al actor se le pagaron con rigor legal y ajustados estrictamente a las políticas de la Compañía. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido, ausencia de causa, prescripción y genérica. (fol. 82 a 92 y 112 y 113)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de septiembre del 2020, en la que el Juzgado declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, por el periodo comprendido entre el 16 de enero del 2012 al 31 de enero del 2019; condenó a cancela la suma de $50.000.000 por concepto de perjuicios morales generados por el despido sin justa causa; y al pago de costas procesales. (CD fol. 116)

La Juzgadora fijó como primer problema jurídico a desatar el vínculo que ató a las partes, por manera señaló que es un hecho aceptado que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 16 de enero del 2012 y hasta el 31 de enero del 2019, mismo que terminó sin justa causa por parte del empleador. Así las cosas, indicó que si bien el artículo 64 del C.S.T. tarifa los perjuicios a cargo de la parte responsable de la terminación del vinculo contractual, lo cual, comprende el lucro cesante y el daño emergente, no obstante, indicó que jurisprudencialmente se ha admitido la procedencia de los perjuicios morales, cuando por causa del finiquito se padecieron.

En ese sentido, adujó de las pruebas que obraban en el expediente, que el demandante participó en una serie de negocios, sobre los cuales esperaba recibir una comisión, sin embargo, conforme a la reglamentación que existe al interior de la entidad demandada no tendría derecho a su pago porque su contrato se dio por terminado el 31 de enero del 2019. Indicó que a pesar de ello el trabajador fungió en la realización de varios negocios que le generaron beneficios cuantiosos a la empresa y que en el evento de no haberse finiquitado la relación laboral habrían generado comisiones.

En tal virtud, señaló que los perjuicios que se le generaron fueron muy superiores a los perjuicios tarifados en tal disposición, no obstante, adujó que como quiera que no es posible entrar aseverar que el contrato de trabajo del demandante pudiese estar vigente un año más, situación que no se podría precaver y, por ende, tampoco permitiría calcular perjuicios materiales, consideró que podría condenarse a los perjuicios morales, que claramente se generaron. (CD fol. 117)

4. Impugnación y límites del ad quem. La parte demandada formuló recurso de apelación aduciendo que desde el mismo planteamiento de la demanda no fue objeto de Litis y tampoco se debatió al interior del proceso los perjuicios morales que fueron condenados a su pago, además, desde el punto de vista del daño, adujó que los citados perjuicios debían ser demostrados por la parte demandante, situación que no aconteció. Por lo demás reprochó el monto de ellos, los cuales, significó excesivos.

5. Alegatos parte demandada. En su escrito indicó que la demanda y la fijación del litigio no versaron sobre la terminación del contrato sin justa causa previa indemnización, es decir, no se pretendía un reintegro, no se cuestionó jurídicamente el despido y sus circunstancias, por demás producido en riguroso apego al ordenamiento jurídico; que el

finiquito contractual sólo fue necesario al libelo demandatorio para esgrimir que a esa fecha había unas comisiones ganadas por Ricardo León Trujillo e insolutas por ETB que obligarían a reliquidar los valores de los diferentes conceptos laborales, incluida la indemnización por el finiquito del contrato laboral.

Agregó que nunca, en cualquier minuto del proceso se trató ni se demostró la existencia de perjuicios que hubieran de estimarse por encima de la tasación legal del artículo 64 del Estatuto Laboral. Refirió que no ocupó para nada la atención del demandante, la demandada ni del propio A quo, salvo cuando de manera sorpresiva e inimaginable a la hora de dictar sentencia de primera instancia absuelve a ETB de todo aquello reclamado, pero condena a perjuicios ajenos a la tarifa legal en el rubro de morales, por el oneroso valor de $50.000.000 que considera el a quo sin razón plausible ni prueba adosada al expediente, que se habrían causado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico:** ¿Se equivocó la Juez de primer grado al condenar a la demandada a pagar a título de perjuicios extrapatrimoniales o morales la suma de $50.000.000 como consecuencia de la terminación del contrato laboral al actor?

De la relación laboral, sus extremos, modalidad y duración

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, extremos temporales de la relación, ni su modalidad, tampoco que la terminación de la relación fue sin una justa causa por parte del empleador, hechos que fueron aceptados en la contestación de la demanda, y se corroboran con el contrato de trabajo (folio 91 a 94), comunicación de terminación (folio 45) y reliquidación por pago comisiones (folio 52).

De los perjuicios extrapatrimoniales o morales

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Corporación, es determinar si por causa de la terminación de la relación laboral en forma unilateral y sin justeza por parte del empleador, se generaron al aquí actor perjuicios morales.

Sobre el particular, es del caso resaltar que para hablar de indemnización de perjuicios es necesario acreditar los elementos estructurales de la responsabilidad general, esto es, el daño, la culpa y el nexo causal entre lo primero y lo segundo; en efecto, la imputación de responsabilidad requiere de tres elementos concurrentes: el padecimiento de un daño por parte de quien reclama la indemnización; una actuación culposa o dolosa de la demandada probada en el proceso y un nexo de causalidad entre la culpa y el daño. Cada uno de estos elementos es considerado como un presupuesto axiológico de la responsabilidad que debe acreditarse en cualquier reclamación de esta naturaleza.

Descendiendo al caso en concreto, la parte imputa a la demandada el suceso de la terminación de la relación laboral que le trajo consigo un perjuicio mayor al tarifado en el artículo 64 del CST, por manera que solicita su pago. Sin embargo, pese a que la Juez de primer grado ampliamente consideró que la ruptura del vínculo laboral conllevó a que el

demandante no percibiera las comisiones que en primera medida reclamó en la demanda, coligiendo así el pago de perjuicios morales, para la Sala basta con señalar, que al revisar los medios de convicción que fueron allegados al plenario, no demuestra cosa diferente a la inexistencia del perjuicio pretendido, en tanto que no existe un elemento de prueba que acredite el daño moral sufrido por el demandante.

En ese sentido, y contrario a lo colegido por la A quo, el daño moral no puede ser presumido a partir de la conducta que el empleador tomó al terminar la relación laboral y, por el contrario, debe tenerse plena certeza de que se generó, situación aquella que no aconteció en el presente asunto, pues, como se dijo en precedencia, no se allegó prueba para su demostración, al punto que en el libelo introductor siquiera se mencionó la forma o el cómo de su causación, ya que tampoco se significó que por la ruptura de la relación laboral y la diferencia de las comisiones que aduce tener derecho y que no percibió, se haya generado aflicción e impacto emocional, o lesión de *"aspectos sentimentales, afectivos y emocionales que le originaron angustias, dolores internos, siquicos"*[1]; por manera que le asiste razón a la censura en cuanto a la equivocación en la que incurre la Juez de primer grado al conceder los perjuicios morales, reiterando, sin ningún soporte de índole fáctico y persuasivo.

Ahora, si lo anterior fuera poco, esta Sala no evidencia que este probada la actuación culposa y reprochable de la demandada, cuando esta decidió terminar el contrato de trabajo del actor, pues aun cuando el promotor del proceso adujo tener derecho al pago de las comisiones reclamadas y que como consecuencia de la desavenencia del nexo contractual no las percibió, no hay lugar a concluir que dicha decisión se haya adoptado con el propósito de menoscabar los derechos del trabajador, pues sobre tal aspecto no se allegó medio de convicción, por lo que no es procedente colegirlo a partir de conjeturas o suposiciones. De ahí que al no estructurarse uno o más de los presupuestos, es decir, el actuar reprochable y el daño previamente probado, tampoco sería posible predicar un nexo de causalidad que permita afirmar que fue el actuar culposo la causa adecuada del daño cuya indemnización pretende.

Cabe agregar, que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

En este orden, al pretender el demandante una sentencia acorde con lo deprecado en el líbelo inicial, tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable.

Dicha precisión resulta necesaria a este asunto en concreto, como quiera que no bastara con afirmar tener derecho al pago de la indemnización de perjuicios más allá de los tarifados en el artículo 64 del CST, pues, además, resultaba imperante demostrar que se causaron, de suerte que éste no puede ser presumido ni mucho menos deducido por la voluntad del empleador de terminar el laborío sin justa causa, para conducir a su imposición. Sobre este aspecto, basta con traer a colación la sentencia SL14618-2014, que la que se indicó:

[1] SL4794-2018, reiterada en sentencia SL987-2021.

> "*Aun cuando el Código Sustantivo del Trabajo prevé una indemnización ante la terminación unilateral del contrato sin justa causa, la misma únicamente comprende, en los términos de su artículo 64, el lucro cesante y el daño emergente.* ***Esto significa que es posible que se resarza el daño moral cuando quiera que se pruebe que este se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial.***"

En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda la condena, se revocará en su integridad la sentencia proferida en primera instancia. Costas en ambas instancias a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

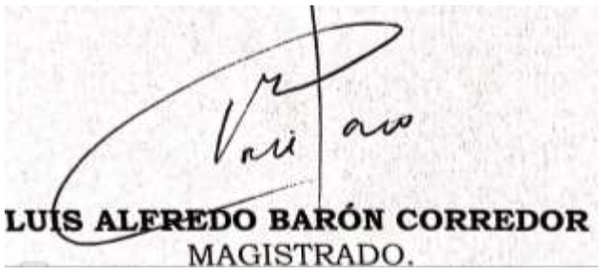
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 14 de septiembre del 2020, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la empresa convocada a juicio de todas las pretensiones de la demanda, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo del demandante en los términos del numeral 4° del art. 366 del CGP. Se fijan como agencias en derecho la suma de $873.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ALDEMAR BUSTOS GALICIA***
DEMANDADO:	***INGENIERÍA CIVIL Y GEODESIA S.A.S.***
RADICACIÓN:	***35-2018-00428-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DE LAS PARTES***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Aldemar Bustos Galicia, instauró demanda ordinaria contra Ingeniería Civil y Geodesia SAS, con el propósito de que se declare que entre las partes, existió un contrato de trabajo a término indefinido como auxiliar de obra, por el periodo comprendido entre el 25 de noviembre del 2015 al 14 de agosto del 2016 y como consecuencia, se disponga a su favor el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, dotaciones de vestido y calzado de labor, auxilio de transporte, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, sanción consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización moratoria y por despido sin justa causa. Así mismo solicitó indexación de las condenas, lo que resulte probado de acuerdo con las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 25 de noviembre del 2015 suscribió contrato individual de trabajo con la accionada, para desempeñar funciones en el Instituto Agustín Codazzi, sede Bogotá y en Medicina Legal, sede Málaga – Santander, en el cargo de Auxiliar de Obra, acordando un pago de $1.200.000. Refirió que la relación contractual se mantuvo por un término de 8 meses y 15 días, es decir, hasta el 14 de agosto del 2016, oportunidad en que el empleador decidió dar por terminado de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo. Agregó que el 23 de septiembre de 2017, presentó petición ante su empleador para el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas. (fls. 19 a 27).

2. Contestación de Ingeniería Civil y Geodesia SAS. En su respuesta se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, señalando que entre las partes nunca existió un contrato de trabajo a término indefinido, puesto que el único existente fue bajo la modalidad por duración de la obra contratada, el cual, culminó en razón a la finalización del proyecto denominado Obra Igac – Málaga. Agregó que le fueron

canceladas todas y cada una de las prestaciones sociales que solicita le sean reconocidas, por manera que también se opuso a las sanciones de orden laboral.
En lo atinente a los supuestos fácticos señaló que entre las partes se suscribió el día 25 de noviembre del 2015 contrato de trabajo por la duración de la labor contratada, desempeñando el cargo de Auxiliar de Obra en el proyecto denominado Obra Igac – Málaga y devengado el salario mínimo legal mensual vigente, esto es, la suma de $689.455 mensuales. Indicó que el citado nexo contractual terminó el 14 de agosto del 2016, fecha en la que culminó la obra para la que se había contratado. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones, mala fe del demandante, buena fe de la demandada, pago, prescripción y genérica. (fols. 61-68)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de noviembre del 2019, en la que el fallador condenó a cancelar la indemnización por despido sin justa causa, auxilio de transporte, indemnización de que trata el Art. 65 del C.S.T. y costas del proceso a favor de la actora (CD fol. 84)

Para arribar a tal decisiva, señaló que, analizado los medios probatorios allegados al expediente, entre las partes existió una relación laboral desde el 25 de noviembre del 2015 al 14 de agosto del 2016, bajo la modalidad y duración de un contrato a término indefinido, en tanto que el actor prestó sus servicios en dos localidades, Bogotá y Málaga, así como en dos entidades diferentes, esto es el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y el Instituto de Medicina Legal, y, no como se aduce en el contrato de trabajo que el trabajo a realizar correspondía únicamente al IGAC.

Respecto del salario indicó que si bien el actor aduce que el mismo ascendía a la suma de $1.200.000, lo cierto es que no encontró ningún soporte en los medios probatorios allegados al expediente indicativos de su existencia y por el contrario evidenció que el rubro devengado correspondió a la suma de $644.350, debido a que la citada cifra se menciona en el contrato de trabajo, además, aunque obra certificación expedida por la demandada, en la que se establece que el actor adicional a la retribución pactada percibía un auxilio no constitutivo de salario, adujo que la inclusión de dicho ítem como factor salarial no fue objeto del presente litigio, concluyendo que aun en gracia de discusión si se adicionara dicho monto al salario, tampoco correspondería a la suma señalada por el actor.

Así las cosas, en relación con la pretensión relativa a la indemnización por despido sin justa causa adujó que se encuentra demostrada la terminación del vínculo laboral, ante la confesión esbozada por la demandada, por lo que probado el finiquito, procedió a determinar si existió justa causa para ello, significando que el término del contrato que unió a las partes correspondió al indefinido, razón por la cual adujó que no es dable dar validez como justa causa la expresada por la pasiva, esto es, la terminación de la obra o labor contratada.

En lo atinente al pago de prestaciones sociales y vacaciones manifestó que en armonía a las pruebas allegadas al plenario, se encuentra demostrada la consignación de las cesantías para el año 2015, aunado a que, realizadas las operaciones matemáticas en relación con las prestaciones sociales y vacaciones generadas durante la totalidad de la relación laboral conforme al salario ya reseñado, refirió que ascienden a la suma de $1.308.989.89, monto que se encuentra cubierto con los pagos realizados por la encartada, razón por la que despachó desfavorablemente las pretensiones. En cuanto al pago de dotación indicó que no se encontraba demostrado los perjuicios, mismos que deben ser probados por la parte cuyo resarcimiento pretende. Sin embargo,

respecto del auxilio de transporte pretendido adujó que no hay prueba de su pago, por lo que condenó a la demandada por dicho concepto.

Frente a la indemnización moratoria arguyó que, atendiendo a los postulados jurisprudenciales, entró a verificar si la demandada probó que sus actuaciones estuvieron regidas por la buena fe, así, observando que la demandada realizó el pago final de las prestaciones sociales hasta el 07 de octubre del 2016, justificando su actuar moroso en que los pagos dependían de la liquidación del contrato estatal, sin allegar ninguna documental que pruebe su dicho. Agregó que la demandada no pago las prestaciones sociales al momento de la terminación de la relación laboral y no obra en el expediente prueba que justifique su actuación morosa, procedió a condenar a la pasiva a pagar como indemnización moratoria un día de salario por cada día de mora. (CD fol. 84)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación indicando que no le fueron reconocidas ni canceladas las prestaciones sociales al término de la relación laboral en razón al que el salario no era el mínimo, sino en cuantía de $1.200.000, pues en el interrogatorio de parte y en los testimonios esbozados nunca se controvirtió la manifestación del interrogado que su sueldo era de $1.200.000. Agregó que la consignación realizada por la suma de $2.740.000 no corresponde al valor de sus prestaciones sociales, en tanto que corresponde a cuatro quincenas de $600.000 y el valor de las horas extras. Adujó que le causa extrañeza que el A quo obvio de los comprobantes de pago, así como la liquidación que se allegó, dado que los mismos no fueron firmados por el demandante. (CD fol. 84)

5.2. Recurso de apelación demandada. Argumentó que se encuentra acreditado que el tipo de contrato que se suscribió entre las partes fue un contrato por obra o labor contratada, en el cual indefectiblemente está determinado el objeto para el que fue vinculado el aquí demandante. Ahora, solicitó que se revoque la condena sobre el auxilio de transporte como quiera que se acreditó su pago. Referente a la condena por indemnización del artículo 65 del CST, señaló que no se encuentra acreditado un obrar de mala fe, pues, entre la terminación del nexo y el pago de la misma no acaeció más de mes y medio, además, debido a situaciones que son exentas de responsabilidad, como son la liquidación del contrato estatal, se dio el pago posterior a la fecha de finiquito. (CD fol. 84)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito indicó que el actor fungió en calidad de empleado de la demandada como auxiliar de obra desde el 25 de noviembre del 2015 y hasta el 14 de agosto del 2016, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, ya que no se logra demostrar que el tipo de contratación utilizado correspondiera al de obra o labor. Por otro lado, indicó que no existe prueba de que la demandada haya realizado la liquidación de prestaciones sociales causadas al término de la relación laboral, lo que es suficiente para que se condene a la demandada al pago de la indemnización moratoria, además, por cuanto, existió mala fe del empleador.

6.2. Parte demandada. En su escrito refirió que la vinculación del demandante se dio en el marco de un contrato por duración de la obra o la labor que este fuera a desarrollar para INCIGE S.A.S., con los proyectos que este ejecutará para la entidad contratante IGAC, dentro de los cuales estaba el proyecto que se ejecutó en la ciudad

de Bogotá y el que se estaba ejecutando en Málaga. Proyectos simétricos, que guardaban relación con el mismo contratante y objeto, por ende, no puede predicarse como así lo hizo el A quo, que se trataban de proyectos, labores u obras diferentes. Agregó que el actor desde el momento mismo de la relación laboral conoció el alcance de la vinculación y durante todo el tiempo que prestó sus servicios nunca hizo reclamación alguna, esto en razón a que entendía que su vinculación estaba supeditada a la labor que desempeñara para con el IGAC, sin que estuviese condicionada a alguna zona específica del país.

Por otro lado, señaló que se le imparte condena al reconocimiento y pago del subsidio de transporte, por cuanto en su parecer no se acreditó que se hubiese reconocido el mismo durante el tiempo que duro la relación laboral, a lo cual precisa que durante el tiempo de vinculación el demandante recibió todos y cada uno de los emolumentos a que tenía derecho en virtud de su relación laboral. Finalmente, adujó que el A quo, impone una condena haciendo gravosa la situación de la empresa, condenado al pago de la indemnización moratoria por el no pago de la liquidación de prestaciones sociales al momento de la terminación del vínculo laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

i) ¿Se equivocó la juez de primer grado al declarar que entre las partes se suscribió un contrato laboral bajo la modalidad a término fijo y no colegir que aquella vinculación fue por obra o labor contratada?

ii) ¿El demandante probó que en vigencia de la relación laboral devengó un salario $1.200.000 y no un salario mínimo legal mensual, como lo concluyó el a quo?

iii) ¿Al actor se le adeuda prestaciones sociales y auxilio de transporte causados en vigencia de la relación laboral?

iv) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al condenar a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., sin valorar el tiempo mínimo que tardó entre la fecha de terminación del vínculo laboral y el pago de acreencias laborales, lo que desvirtuaba la presunción de mala fe?

De la relación laboral, su modalidad y salario.

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, ni la labor de Auxiliar de Obra desempeñada por el accionante. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no fueron recurridas por las partes, además, las mismas se corroboran con el contrato de trabajo (folio 58) y certificación laboral (folio 29).

Ello significa que, lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar la modalidad contractual celebrada entre las partes a partir del 14 de agosto del 2016, por manera que, para efectos de entrar a su estudio se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al instructivo, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En ese sentido, el artículo 45 del C.S.T., refiere que la duración del contrato de trabajo puede celebrarse "*(…) por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada*" y que para que produzca sus efectos, el primero de ellos, es decir, a término fijo, debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente, tal y como lo dispone el artículo 46 del ibídem; mientras que el segundo, deberá convenirse en forma expresa por las partes y determinarse su límite temporal, dado que el artículo 47 ibídem señala que el contrato de trabajo "*cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada*", se entenderá a término indefinido. En otras palabras, debe específicamente acordarse cuál es labor u obra para el que se contrata al trabajador, su programación o punto de medición específico que permitan suponer su límite temporal.

Lo anterior, fue ampliamente examinado por el máximo órgano de esta especialidad en sentencia SL 2600-2018, en la que se expuso:

> "*Se expresó que el contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada es consensual, por lo que para su validez no se requiere escrito. En este acápite, la Corte dará respuesta a otra de las críticas del recurrente, consistente en que en el contrato debe «señalarse la labor específica a desarrollar». La Corte coincide con el casacionista en que frente al tiempo de duración del contrato de trabajo por obra o labor contratada debe existir un acuerdo de voluntades, pues a falta de tal estipulación se debe entender para todos los efectos legales que el vínculo fue celebrado a tiempo indeterminado. Sin embargo, la circunstancia natural de que deba existir una convención, so pena de que el contrato de trabajo se reputé a tiempo indefinido, no significa que el pacto celebrado en tal sentido no pueda demostrarse mediante otros elementos de convicción e inclusive, no pueda derivarse de la naturaleza de esa actividad.*"

Más adelante refirió:

> *"Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado.*"

En línea con lo expuesto, se evidencia que a folio 58 obra contrato de trabajo, mediante el cual se expone únicamente "OBRA O LABOR CONTRATADA: OBRA IGAC", por manera que en dicha probanza, si bien las partes dejaron registrada su vinculación mediante la modalidad anotada, lo cierto es que en el caso de marras es evidente que no se estableció por las partes al momento de suscribir el laborío, específicamente la labor que se requería y **su duración o límite temporal**, en tanto que, solo se dejó sentado que la labor consistiría en atender la "**OBRA IGAC"**, pero no su vigencia, ni la naturaleza de la actividad, tampoco que estaba atada a una situación en particular, concluyéndose así, que la ejecución de la actividad personal del demandante no estaba sometida a un límite temporal sino circunscrita a la suerte del empleador, en consecuencia, al no estar

debidamente delimitada tampoco es dable entender por esta Sala que el contrato de obra o labor contratada, del cual se soporta la empresa demandada, nació a la vida jurídica.

Bajo dicho hilo conductor en ningún dislate incurrió el juez de primer grado, pues es claro que el contrato de obra o labor exige cabalmente que el aspecto contratado quedé debidamente delimitado e identificado, además, tal condición resulta imperiosa para efectos de determinar la temporalidad, de tal suerte que no haga que dependa de la voluntad o el capricho del empleador o del mismo trabajador, sino por la esencia misma del servicio contratado. En ese sentido, es claro que, al no fijarse la temporalidad y límites del contrato, forzoso resulta dar aplicación al artículo 45 del CST, esto es que, en virtud del principio de la primacía de la realidad, la vinculación laboral fue desarrollada bajo un contrato a término indefinido, de allí que sea factible declarar su ineficacia, tal y como lo señaló el A quo.

En consecuencia, ningún reproche merece la decisión a la que arribó el sentenciador de primer grado, quien declaró la existencia un contrato de trabajo a término indefinido, ya que la realidad probatoria que integra el diligenciamiento apunta a que se incurrió en una en una violación al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas contractuales, por lo que se mantendrá incólume la decisión.

- **Salario.**

Sobre este aspecto y atendiendo la discusión que propone el demandante recurrente, debe recordarse que en términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

En este orden, al pretender el demandante una sentencia acorde con lo deprecado tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable. De ahí la necesidad específica del actor de probar los presupuestos de hecho que permitan sin lugar a duda determinar el salario que aduce devengo en vigencia de la relación laboral, no siendo suficiente afirmarlo, sino imperativo resulta su demostración, toda vez que aseverar no es probar.

Aclarado lo anterior y en lo que al fondo del asunto concierne, esta Sala evidencia que no existe ningún medio de prueba que permita con suficiente contundencia asegurar que el salario percibido en vigencia del laborío corresponda a la suma de $1.200.000. De hecho, los testimonios que aduce como no valorados por el A quo, nada refieren sobre tal aspecto, al punto que ningún hecho les constó más allá de haber conocido al demandante y observarlo trabajar en la empresa.

Además, la censura pretende que se tenga como soporte la misma declaración que dio el demandante, sin embargo, *"la sola afirmación del accionante de un hecho que lo favorece, así haya sido expuesto bajo la gravedad del juramento, no le puede servir a sus propios intereses, dado que nadie puede fabricar su propia prueba."*[1], por manera que no erró el fallador primigenio, al considerar que ausencia de prueba del salario devengado,

[1] SL4350 de 2015

debía tomarse el salario mínimo legal mensual vigente, lo anterior, por demás, en tanto que así lo dejó sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2676-2020:

> *"Siendo ello así, le asiste razón al colegiado al señalar que, ante la falta de prueba del salario devengado, debe ordenarse el pago de los aportes pensionales con base en el salario mínimo legal mensual vigente, solución que ha sido admitida precisamente cuando no se demuestra el monto de la remuneración pactada por las partes. La carga de la prueba, en este caso, le incumbía a la demandante, pues si pretendía el pago de acreencias laborales como los aportes a seguridad social en pensiones, a través del cálculo actuarial que ordenó pagar el Tribunal, era su deber aportar los elementos de juicio que permitieran establecer la base salarial para ello.*
>
> *Por ende, ante la ausencia de prueba sobre el ingreso salarial de la demandante para las referidas anualidades, resulta correcto tomar como parámetro de liquidación el salario mínimo legal mensual vigente, aún si para anualidades anteriores la accionante percibió sumas superiores."*

De ahí que mal puede atribuirle un desatino al juzgador de primer grado y, por ende, se sigue igualmente mantener la decisión que tomó al respecto.

- **Pago de prestaciones sociales y vacaciones**

Sostiene el demandante que la encartada no le canceló las prestaciones sociales y compensación en vacaciones al término del finiquito del laborío, en tanto que la suma de $2.740.800 corresponde a cuatro quincenas de $600.000 y el valor de las horas extras, todo ello soportado en la declaración rendida por el demandante.

Conforme a ello, aparece a folios 57 y 59 del expediente dos consignaciones bancarias por valor de $1.000.000 y $1.740.800, las cuales aduce el empleador son el resultado de la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones a favor del demandante. Sobre tal aspecto, basta con razonar sobre dicho documental que la Sala no puede concluir que el pago de $2.740.800 sea como consecuencia de salarios adeudados al trabajador, entre tanto, que aquí no se demostró que el actor devengará más allá del salario mínimo legal mensual vigente, menos aún trabajo suplementario, entre otras cosas, porque lo último no fue materia de discusión dentro del proceso, es decir, que al actor se le adeuden salarios u horas extras.

Por el contrario, lo que sí se puede deducir es que aquel montó cubre más que suficiente la totalidad de prestaciones sociales y compensación de vacaciones, pues al liquidar el monto adeudado al finiquito del laborío por conceto de las citadas acreencias laborales, arroja una suma total de **$1.317.548,85**. En este orden de ideas, no hay ninguna razón para dudar su pago, máxime cuando no se formuló sobre aquella tacha de falsedad ideológica o material en la etapa procesal correspondiente, como tampoco se cumplió con la carga de contraprobar lo reflejado conforme al art. 167 del CGP y en armonía con los dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS.

En esas condiciones, se mantiene nuevamente incólume las consideraciones del Juez de primer grado.

- **Auxilio de transporte.**

En lo atinente a este emolumento, cumple recordar que la Ley 15 de 1959, estableció el auxilio de transporte a favor de los trabajadores que devenguen hasta dos veces el salario mínimo legal, y tiene por objeto subsidiar el traslado del trabajador desde y hacia su sitio de labor, cuando deba desplazarse, cuantía que establece el Gobierno Nacional. Y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 1 de 1963, debe incluirse únicamente para la liquidación de las prestaciones sociales.

Bajo lo expuesto y como quiera que aduce el trabajador que no percibió el citado auxilio, conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP debe la pasiva demostrar su pago, por manera que, no habiendo constancia de esto último, es decir, su cancelación, no queda otro camino que persistir en su condena. Lo anterior, por cuanto se demostró que el trabajador devengó menos de 2 SMLMV en vigencia de la relación laboral, además, no se probó que residiera en el mismo lugar de trabajo, tampoco que el traslado no le implicará mayor costo o esfuerzo, mucho menos que el transporte le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la contestación de la demanda y, en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

- **Indemnización moratoria**

En lo concerniente a la sanción moratoria, recuerda la Sala que el artículo 65 de la norma sustantiva laboral dispone que para el caso en que el empleador al término del contrato de trabajo no pague al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudadas.

Conforme a ello y dada a la a la naturaleza eminentemente sancionatoria de la norma en cuestión, la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que su aplicación no puede ser automática, debiendo el funcionario judicial, antes de imponerla, verificar si el deudor tuvo alguna razón que justificara el no pago. Así se pronunció en sentencia SL109-2018, en la que señaló:

> *"**Indemnización moratoria por la falta de pago de las prestaciones***
> *En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad se consideró que «la Corte en desarrollo de su función de intepretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)».″*

De tal suerte que resulta indispensable estudiar los medios de pruebas arrimados por las partes para determinar si existió buena fe o no por parte del empleador entre el tiempo que demoró en el pago final de prestaciones sociales a la trabajadora aquí demandante.

Así las cosas, conforme se ha reseñado en precedencia, considera esta Sala que le asiste razón al sentenciador de primer grado, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de que la conducta del empleador fue provista de buena fe para no haber sido entregada de forma inmediata la liquidación de prestaciones, toda vez que las razones dadas por la empresa solo quedaron en simples afirmaciones, las cuales, como bien es sabido, están lejos está de tenerse en cuenta, ya que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella.

De allí que no se observe ningún yerro en la decisión que tomó el a quo, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisoria del Juez primigenio. Sin costas en esta instancia judicial.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de noviembre del 2019, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***WILMAN ALEXIS ROJAS CELIS***
DEMANDADO:	***INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS EN CIA S.A. Y OTROS***
RADICACIÓN:	***16-2014-00422-03***
ASUNTO:	***APELACIÓN DE SENTENCIA PARTES***
TEMA:	***CONTRATO REALIDAD***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Wilman Alexis Rojas Celis, instauró demanda ordinaria contra Inmaculada Guadalupe y Amigos en CIA S.A., Inversiones Villa Real S.A.S., Señora del Carmen y Amigos S.A.S. y Señora del Rosario y Amigos en CIA SAS, con el propósito de que se declare que la unidad de empresa entre Inmaculada Guadalupe y Amigos en CIA S.A., Sociedad Señora del Carmen y Amigos S.A.S. y Sociedad Inversiones Villa Real S.A.S., así mismo, entre la Inmaculada Guadalupe y Amigos en CIA S.A. y Señora del Rosario y Amigos en CIA SAS; la existencia de una relación laboral por el periodo comprendido entre junio del 2008 hasta enero de 2012, sin solución de continuidad.

Como consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de auxilio de cesantías, sanción moratoria y sus intereses; vacaciones, prima de servicios, auxilio de transporte, indemnización moratoria, intereses moratorios, indexación, diferencias en los aportes pensionales, tomando como IBC el salario realmente devengado, aportes al sistema de seguridad social por todo el tiempo laborado; lo que resulte probado de acuerdo a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue contratado por el empleador demandado mediante un contrato de trabajo de carácter verbal, para ejecutar su labor en los establecimientos Andrés D.C. ubicado en la ciudad de Bogotá y en la plaza de Andrés del centro comercial El Retiro de la misma ciudad, mismos que están matriculados por su empleador demandado Inmaculada Guadalupe y Amigos en CIA S.A.

Refirió que, según el certificado de existencia y representación de la anotada sociedad, se configuró una situación de control por parte de esta, actuando como matriz frente a las sociedades subordinadas Señora del Carmen y Amigos S.A.S. e Inversiones Villa Real S.A.S., además, es la única accionista de las citadas. Agregó que los socios que conforman

la sociedad Inmaculada Guadalupe y Amigos en CIA S.A., son los mismos que integran la sociedad Señora del Rosario y Amigos en CIA SAS.

Continuó indicando que la contratación laboral tuvo inició en junio del 2008 hasta enero de 2012, fecha en la que fue terminado el contrato de trabajo; que la actividad contratada era cumplida bajo la continua subordinación o dependencia del patrono demandado, en tanto que recibió instrucciones directas del señor Tomas Jaramillo, que ejercía el cargo de director de las actividades artísticas y lúdicas que se realizaban en favor de los comensales que asistían al establecimiento del demandado y quien a su vez recibía órdenes directas del señor Andrés Jaramillo.

Insistió que el señor Tomas Jaramillo en el año 2009, cuando dejó de laborar con el empleador demandado, fue sucedido en sus funciones por un comité, el cual recibía órdenes directas del señor Guillermo Beltrán, representante legal del empleador desde el año 2008 y de Andrés Jaramillo. Arguyó que al comité le correspondió establecer horarios de ejecución y sancionar a los artistas trabajadores por infracciones a las obligaciones.

Añadió que desde el año 2009, vía electrónica por los miembros del comité se le asignaba al trabajador los turnos y los días en que debían ejecutar su labor, los cuales podían ser asignados a cualquier momento, por lo que realizaba la labor contratada con una duración de 7 a 8 horas; así mismo, indicó que a través del citado medio se le indicaba el guion a interpretar y el vestuario que debía usar, registrar su entrada, cualquier modificación en su horario de trabajo, prohibiciones y obligaciones, procedimiento a seguir cuando quiera que requiriesen justificadamente ausentarse del sitio de trabajo, entre otras cosas.

Manifestó que el último salario mensual devengado ascendió a la suma de $1.925.577, al que le era deducido el descuento por consumo en almuerzos y parafiscales; manifestó que el 16 de marzo de 2010 por orden del empleador demandado, fue obligado a vincularse con la pre-cooperativa de trabajo asociado Multisercoop, entidad que se encargaba de consignar mensualmente el salario percibido, al que le descontaba los aportes a la seguridad social, tomando como ingreso base de liquidación el salario mínimo legal.

Anotó que posteriormente fue conminado a afiliarse a Cornabis T.I.A., sociedad autorizada para la afiliación colectiva de trabajadores independientes a la seguridad social, quien cumplía las mismas funciones que la anterior. Adujó que el empleador le ofreció al demandante vincularlo con contrato de trabajo, pero disminuyendo el salario y sometiéndolo a un contrato de transacción de los derechos laborales que consideraba tenía derecho, por lo que no aceptó y ante ese panorama presentó renuncia en enero de 2012. (fls. 264 a 305).

2. Contestaciones de demanda.

2.1. Inversiones Villa Real S.A.S. En su respuesta se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, señalando que no se reúnen los elementos para que se configure la unidad de empresa en los términos establecidos por el artículo 194 del CST. Indicó que por no haber celebrado nunca un contrato laboral con el demandante y no haber ejecutado ningún tipo de relación contractual, se debe despachar desfavorablemente las solicitudes expuestas en el libelo introductorio. En lo atinente a los supuestos fácticos, no le constó ninguno de ellos, a excepción de los enlistados en los numerales 11, 12, 14, 16 y 19 que adujó no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia del derecho legalmente protegible, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, carencia de legitimación por pasiva y genérica. (fols. 562 a 671)

2.2. Inmaculada Guadalupe y Amigos en CIA S.A. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que no existe sustento jurídico, fáctico o probatorio para declarar la existe de unidad de empresa, debido a que no se configuran de los requisitos previstos en el artículo 194 del C.S.T., ni existe predominio económico, tampoco alguna relación entre las actividades desarrolladas y las efectuadas por las otras demandadas.

Además, alegó que nunca tuvo ningún tipo de relación laboral a la luz de los previsto en el artículo 23 y 24 ejusdem, en tanto que entre las partes celebraron 5 contratos de prestación de servicios independientes, los cuales permiten demostrar con certeza la naturaleza de la relación existente y los extremos temporales de la misma, por lo que es claro que no sostuvo relación laboral. Así mismo, que realizó una serie de acciones independientes, autónomas y profesionales mediante el anotado contrato civil, desde el año 2007, fecha en la que prestó sus servicios un día y posteriormente al año siguiente suscribió contratos de prestación de servicios, todos por vigencias diferentes.

Referente a los supuestos facticos indicó que el demandante no realizó reclamo alguno de existencia de un contrato de trabajo, además, que actuó bajo el amparo de la buena fe y convencimiento de haber ejecutado un contrato de prestación de servicios independiente, contratación ajustada a los parámetros establecidos por el Ministerio del trabajo, concluyendo que la finalización del contrato fue consecuencia de una decisión libre del demandante. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de la causa, buena fe y compensación. (fols. 916 a 1018)

2.3. Señora del Carmen y Amigos S.A.S. y Señora del Rosario y Amigos en CIA SAS. Contestaron oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda, haciendo notar que no se cumplen los presupuestos para declarar la unidad de empresa, como quiera que no existe una dependencia o predominio económico que sea superior al 50%, además, porque el objeto social desarrollado por cada una es diferente respecto de las realizadas por las demás empresas demandadas.

Indicaron que entre las partes no concurre ninguno de los elementos del contrato de trabajo, ya que nunca han tenido ningún tipo de relación jurídica con el demandante, ni siquiera lo conocen, por consiguiente, adujeron que es completamente imposible que se presuma la existencia de alguna relación entre estos, dado que no hay prestación del servicio. Propusieron como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia del derecho legalmente protegible, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, carencia de legitimación por pasiva y genérica. (fols. 1019 a 1115)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de junio del 2019, en la que el fallador declaró la existencia de dos contratos de trabajo entre el señor Wilman Alexis Rojas Celis y la sociedad Inmaculada Guadalupe y Amigos en Compañía S.A.S., los cuales rigieron entre el 12 de agosto de 2008 hasta el 28 de febrero de 2010, y el segundo entre el 11 de octubre de 2011 al 11 de octubre del otro año, existiendo solución de continuidad entre uno y otro. Al igual, declaró probada la excepción de prescripción extintiva respecto a las prestaciones reclamadas por el primer contrato de trabajo. Por manera que condenó a la demandada al pago de las prestaciones sociales y vacaciones por los valores allí referenciados, indexación y costas del proceso. (CD fol. 1187)

Para arribar a tal decisiva, limitó el problema jurídico a dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo, por lo que luego de referirse a las pruebas y al contenido de los artículos 22 a 24 del C.S.T., destacó que se encontraba probado la prestación personal

del servicio del demandante, además, su contrato como actor era claramente intuito personae, dada sus habilidades en la personificación para el montaje escénico. Así las cosas, indicó que probada la prestación personal del servicio se presume que lo fue a través de contrato de trabajo, correspondiendo a las demandadas desvirtuar la subordinación de la relación contractual que vinculó a los 2 extremos de la litis. En tal virtud, adujó que no encuentra soporte probatorio que permitan desvirtuar la presunción de la relación laboral que otorgó la prestación personal del servicio.

Agregó que, aunque los testigos son coherentes y manifestaron que el actor otorgaba su capacidad creativa en la caracterización de personajes, ello no desvirtúa por sí solo la relación laboral entre los extremos de la litis, toda vez que es factible que los trabajadores "autoren" sus creaciones intelectuales y artísticas a favor de su contratante, incluso cuando están unidos a través de un contrato de trabajo. Como ejemplo de ello, los científicos, con los descubrimientos que realizan, los músicos en su relación con las interpretaciones que le son propias, quienes se dedican a la pintura con sus obras, y como en este caso, los actores con sus representaciones.

En esa medida, coligió que, si bien indican que dichas caracterizaciones otorgaban un grado de autonomía en las labores, también es cierto que las representaciones eran decididas por la empresa contratante a través de sus contratistas, por lo que es claro la existencia de una obligación subordinante para con el actor por parte de la empresa, concurriendo dos relaciones laborales, la primera que estuvo vigente desde el 12 agosto de 2008 hasta el 28 de febrero de 2010, y la segunda desde 11 de octubre de 2011 hasta el 11 de octubre de 2012, misma que fue terminada por mutuo acuerdo.

En lo atinente a las pretensiones sobre el pago de la indemnización moratoria y sanción por la no consignación de las cesantías, significó que que no existió mala fe por parte del empleador en el no pago de prestaciones sociales, cuestión que se refleja en la consistencia de los testimonios y el interrogatorio de parte, donde se expuso que el demandado quería vincular a los actores a través de contratos de trabajo, pero por una posición gremial no le fue posible. (CD fol. 1187)

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación del demandante. Formuló recurso de apelación indicando que existió sólo una relación laboral sin solución de continuidad en tanto que trabajó desde el año 2008 hasta el 12 de octubre de 2012, lo cual, puede se prueba con los testimonios y el certificado expedido por el fondo de pensiones obligatorias Porvenir S.A., en donde se indica que aportaba mediante las cooperativas de trabajo, en fechas marzo de 2010 hasta el 2012.

Por otro parte, refirió que la demandada tenía pleno conocimiento del vínculo que tenía, pues llevaba el control de las personas que laboraban, el número de horas que trabajaban, realizaba liquidaciones, por lo tanto, no había duda sobre el tipo de prestación o de la condición de empleador que tenía. En igual sentido, señaló que intentó ocultar la verdadera relación a partir de diferentes contratos de prestación de servicios y a partir de cooperativas de trabajo asociado y, por ende, no puede decirse que la empresa tenía pleno convencimiento de que entre las partes existía un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil.

De tal forma, arguyó que no está probado que estuvo vinculado a un sindicato o a una agremiación para concluir que se ha negado en alguna ocasión a firmar un contrato de trabajo, por lo que tampoco podría un empleador excusarse para otorgar los derechos que realmente tenía. Así, solicitó que se condene a la demandada al pago de las sanciones

moratorias, además, al no haberse probado el salario que percibía, por tal razón, sería la condena a un día de salario por cada día de retraso. (CD fol. 1187)

5.2. Recurso de apelación de Inmaculada Guadalupe y Amigos en Compañía S.A.S. Manifestó en su alzada que está probado en el proceso según las documentales y los testimonios de quienes declararon, que no existió una subordinación por parte del señor Alexis Rojas en la prestación de su servicio. Hizo notar que frente al registro biométrico que consideró un indicio de subordinación el juez de primer grado se tiene previsto por cuestiones de seguridad y para efectos de controlar el pago por el tiempo de servicios prestados de los contratistas.

Adujó que el demandante reconoció en el proceso que no estuvo interesado en firmar un contrato de trabajo porque no le convenía prestar servicios de manera subordinada, ni tampoco perder su independencia, toda vez que él no quería tener exclusividad con la empresa. Refirió que prestaba servicios a terceros, además, el Comité de Talento lo que pretendía era organizar la prestación de servicios de los actores, misma que se coordinaba según la disponibilidad que informaran, por lo que no se le imponía el horario, sino que con base en la disponibilidad que ellos informaran. (CD fol. 1187)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. En su escrito refirió que la verdadera relación surgida entre las partes se trató de una relación de índole laboral. Ello en razón a que de conformidad con el artículo 24 del C.S.T al demandante le basta con acreditar la prestación personal del servicio para que se presuma la existencia del contrato laboral, situación que acreditó, sin que la demandada lograra desvirtuar la presunción; más aún cuando el trabajador ejercía las funciones directas del objeto social de la empresa, la cual no es más que el desarrollo de actividades lúdicas y de entretenimiento en favor de los comensales que visitan sus diversos establecimientos de comercio.

6.2. Parte demandada. Señaló que logró acreditar la inexistencia de un contrato de trabajo entre las partes, ya que (i) nunca existió subordinación de William Alexis Rojas respecto de la parte demandada, (ii) tampoco hubo pago de salario en contraprestación al servicio, (iii) la empresa ejecutó el contrato de prestación de servicios con William Alexis Rojas de buena fe y ajustado a los parámetros establecidos por la legislación colombiana y, (iv) no se cumplen los presupuestos para declarar la existencia de la unidad de empresa entre la encartada y las demás sociedades demandadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿La Inmaculada Guadalupe y Amigos en Compañía S.A.S. fungió como empleador del aquí actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

- ✓ De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar ¿Se equivocó el Juez de primer grado al declarar que entre el demandante e Inmaculada Guadalupe y

Amigos en Compañía S.A.S. existieron dos contratos de trabajo, y no colegir que aquella vinculación fue ininterrumpida?

- ✓ ¿El actor tiene derecho al pago de las indemnizaciones moratorias solicitadas en el escrito primigenio?

Relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos:

> *"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."*

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna de la prestación personal de los servicios del señor Wilman Alexis Rojas Celis a la sociedad Inmaculada Guadalupe y Amigos en Compañía S.A.S., situación fáctica aceptada no solo en la contestación de demanda, sino también en el interrogatorio de parte que absolvió su representante legal,

señora Laura María Medina Peláez, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios; aspecto que también se logra evidenciar de los contratos de prestación de servicios independientes vistos a folios 429 a 450 y 766 a 785 del expediente.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio de la sociedad Inmaculada Guadalupe y Amigos en Compañía S.A.S., opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la accionada desde la contestación de la demanda, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que el señor Alexis Rojas ejecutó la labor de "Actor" a través de sendos contratos de prestación de servicios como tampoco que la remuneración fue cobrada a través de cuentas de cobro o con apoyó de un tercero (cooperativas de trabajo), teniendo en cuenta que lo perseguido en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad.

Lo anterior, por cuanto los medios de convicción valorados en su conjunto permiten corroborar que, contrario al dicho de la demandada, la labor ejecutada por el actor no se desarrollaba en forma autónoma e independiente, conclusión a la que se arriba luego de escuchar el relato de los testimonios que fueron allegados por la pasiva los cuales dejan entrever que aunque entre las partes se suscribió un contrato de prestación de servicios, la actividad del actor se encontraba subordinada, mediante la estricta coordinación, programación, establecimiento de horario, cantidad de trabajo y supedita supervisión de la encartada.

Ciertamente, la señora Catalina González Rodríguez, quien señaló ser compañera de trabajo del demandante, en su testimonio relató que a pesar de que no le constaron algunas de las situaciones fácticas preguntadas por los apoderados de las partes, pues muchas de las veces las "imaginó" o las creyó, lo cierto es que si conoció que el señor Alexis Rojas trabajó en el restaurante ubicado en el municipio de Chía, primeramente, de jueves a domingo, y posteriormente en una jornada de trabajo de lunes a lunes, cuya función a cargo era la de realizar personajes diversos que se planteaban en reuniones previas al ingreso del restaurante, misma que estaba sujeta a directriz de la empresa, en tanto, que semanalmente se hacía una programación, había unos temas que tenían lineamientos e itinerancia, es decir, existían unos parámetros sobre los cuales los actores montaban el personaje. Además, significó la existencia de un equipo completo con una persona coordinadora, quien llevaba el control de las reuniones, asistencia, temas y lineamientos a seguir. Apoyó su declaración en que el restaurante tenía stock de vestuario, maquillaje, elementos de utilería, sin embargo, el "actor" tenía la opción de llevar a propio mutuo sus elementos de trabajo.

Por su parte el señor Anderson Andrés Bojacá González, quien adujo ostentar la calidad de coordinador administrativo y financiero de la sociedad demandada desde el año 2011, agregó que existía un comité que lo conformaban 5 actores, quienes eran las personas encargadas de impartir el direccionamiento de la necesidad de cada punto; hacían el guion de la obra, programaban a los actores y ajustaban a su necesidad, señalaban sus horarios, bajo la dirección del coordinador, Tomas Jaramillo, hermano de Andrés Jaramillo (fundador del restaurante Andrés Carne de Res) y creador de la estructura de Carnaval Teatro Circo, actividad artística del citado restaurante. Adujó que la empresa tenía un sistema para controlar el ingresó al lugar llamado "Smart Access", que permite saber quién entró a la compañía y controlar las personas con las que trabajan con obras dentro de esta y las horas nocturnas trabajadas para efectos de su liquidación. Referente a las

pautas que se imponían expuso que se hacía a través del citado comité, sin embargo, el fundador como dueño de su establecimiento si "*veía que algo no estaba funcionando, pues les decía que no lo hicieran, o llamaba al coordinador y le daba alguna directriz, pero pues era sólo como de que algo no le estaba gustando*."

Con todo confluyeron finalmente que el colectivo de teatro tuvo varias modificaciones, como quiera que inicialmente eran prestadores de servicios, luego trabajaron mediante cooperativa de trabajo asociado, posteriormente independientes y después vinculados a través de contrato de trabajo.

Adicionalmente, las circunstancias expuestas fueron confirmadas por las declarantes Natalia Ramírez y Diana Alfonso Bernal, quienes en forma coherente, precisa y certera afirmaron que el actor recibía órdenes de la empresa encartada, en tanto que siempre enviaba con anticipación cronogramas de las actividades a realizar en alguno de los restaurantes, el personaje a efectuar, horario, marcaba su hora de entrada o salida, al punto que recibía sanciones por ausencias o llegadas tarde al lugar de trabajo, a través del comité precedido por Tomas Jaramillo, a quien además le solicitaban permisos. En relación con las sanciones, significaron que iban reduciendo sus turnos por llegadas tardes al punto que ya no los llamaban.

Por manera que analizada la prueba testimonial surge con suficiente evidencia que las actividades desarrolladas por el trabajador demandante se ejecutaban bajo la subordinación del personal de la empresa en los diferentes establecimientos de comercio de su propiedad, por ende, dichas probanzas lejos están de demostrar una independencia del señor Rojas Celis y más bien ratifican la subordinación jurídica existente entre las partes, pues nótese que, la llamada a juicio le daba instrucciones precisas de cómo llevar a cabo su actividad artística, al punto que le dictaba pautas sobre la forma en que debía hacer la puesta escénica y la manera de ejecutarla, actos que no resultan acordes con la autonomía que debe reinar en los contratos de prestación de servicios.

Otro aspecto probatorio que llama la atención de la Sala es la abundante documental que milita en el informativo y que analizada en su conjunto demuestra con mayor severidad la existencia de la relación laboral. Ello es así, por cuanto los correos electrónicos arrimados, vistos a folios 16 a 109, dan cuenta que durante la ejecución de la relación contractual el accionante estuvo sometido a órdenes, no actuó de manera libre y, por tanto, existió subordinación de su contratante.

Nótese, por ejemplo, el cambio de horario que se comunicó en correo electrónico del 26 de abril de 2010, mismo en el que también se anotó "*Por otra parte queremos recordarle algunas reglas que existen y que tal vez algunos desconocen o han olvidado": •Recuerden que si no llegan a tiempo (puntuales) debemos devolverlos y no dejarlos trabajar ese día, no vale llamar a Arturo o Cielo diciendo que ya voy llegando y que estoy en trancón…ETC. (…) Está prohibido ir a la tienda o ausentarse del camerino cuando ya han ingresado a su "turno", una vez se ingresa a su labor como actor, músico o mago su responsabilidad es concentrarse en el trabajo del día y prepararse para ello. Recuerde venir preparado con sus onces o comida y todo lo que necesite para sentirse bien durante su jornada laboral. (…) recuerden una vez mas tener más cuidado con los implementos de camerino y el orden del mismo, últimamente hemos visto mucho descuido por parte del grupo, hay reglas muy simples para lograr un poco de orden para su propio beneficio"* (folios 29 a 31)

Además, denotan que el demandante debía estar disponible en los turnos señalados por la empresa demandada, al punto que "*con este cambio de horario es importante pensar que si llegamos a las 11 am y la reunió como en los últimos fines de semana se demora*

45 minutos (el último sábado demoro 55min y toda la tarde se estuvo cambiando las instrucciones) y no exigen estar de nuevo a las 12 en el camerino, tendremos entonces unos escasos minutos para bajar, desplazarnos al restaurante, almorzar a toda velocidad y volver al camerino. Por otro lado, con el aumento de media hora al salir a las 5 30 pm, desmaquillarnos, cambiarnos y esperar a la otra reunión saldremos a las 6 pasadas y los que se doblan tendrán mucho menos tiempo para comer, y después de 7 horas de trabajo y sabiendo que se continuara hasta la media noche es sano tener una hora para ello, pero con estas nuevas exigencias no será posible (…); tal como se anotó en correo del 29 de abril del 2010. (folio 33)

Aunado a que era sujeto a sanciones disciplinarias, como se avisó en correo del 20 de febrero del 2011, en el que se comunicó la necesidad de realizar prueba de alcoholemia y sustancias psicoactivas, anotando *"si algún integrante del equipo le sale positiva la prueba, los paramédicos se comunicaran inmediatamente con Arturo (Bogotá) y Yulieth (Chía) para informar. La medida a tomar será que la persona no podrá trabajar ese día y dependiendo del grado de alcoholemia se hará la sanción respectiva."*

Bajo el anterior contexto, es evidente que el Juzgado de primer grado no incurrió en ningún error de los que se le endilgan por la empresa demandada, máxime cuando durante el tiempo que prestó sus servicios, la labor no era extraña al objeto social de la encartada, ni ocasional en la empresa, pues tan necesaria, que implicaba la presencia del demandante. De hecho, lo medios de persuasión demuestran que la actividad no estaba separada del restaurante, pues toda la puesta escénica del "Carneval TeatroCirco", estaba al compás de las directrices y pautas dadas por el empleador. De ahí, que tampoco sea dable acoger los planteamientos de la pasiva, en lo que tiene que ver con la disponibilidad del actor, para realizar la citada labor.

Ahora, si bien la demandada repara que la actividad la ejecutaba también a favor de terceros, lo cierto es que ello es un eufemismo para esconder la verdadera relación que ató a las partes, dado que la coexistencia de contratos no impide la declaratoria del contrato realidad. Contrario, lo que realmente preponderante no era demostrar que la actividad laboral lo hizo a más de un empleador, lo que debió probar para lograr socavar la presunción de existencia del contrato de trabajo, era acreditar que el promotor del litigio actuó con plena autonomía, lo que no se extracta de que haya acontecido, y en su lugar, lo que si se deduce del haz probatorio es que la empresa convocada le daba instrucciones precisas al demandante de cómo llevar a cabo las labores propias de su cargo respecto de las escenas artísticas, jornadas laborales, tareas y demás.

En ese sentido, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación fuese desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la empresa, siendo ello así, queda claro a juicio de esta Corporación que no erró el Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes fue desprovista de autonomía e independencia. Haciendo notar que según documental obrante a folios 7 a 10 del expediente, la empresa tenía pautas, procedimientos y normas para que el demandante realizara su actividad de "actor" en el "Carneval Teatrocirco", desde la puesta en escena hasta prohibiciones y sanciones, actos típicos de subordinación jurídica laboral.

Concluyéndose de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiario el demandante no fue derruida, pues el caudal probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva, por el contrario, las probanzas desdibujan el supuesto contrato de

prestación de servicios, por cuanto es evidente que el accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en lugares asignados por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada al objeto social de la compañía. En tal sentido, se **CONFIRMARÁ** la sentencia recurrida.

Extremos temporales de la relación.

Establecido que entre las partes se verificó una verdadera relación laboral, le compete a la Sala dilucidar si estuvieron atadas a través de un único contrato de trabajo, en armonía con el ataque que se elevó contra la sentencia de primer grado y que propone el apelante trabajador, quien además afirma que la unicidad de la relación se encuentra acreditada con las semanas cotizadas durante todo el tiempo que laboró para la accionada.

Sobre tal aspecto, basta con señalar que, en el presente asunto, analizadas en conjunto las pruebas documentales aportadas por las partes, con total certeza se razona que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio del demandante en el interregno que extraña. Ello es así, por cuanto las documentales aportadas al plenario por el extremo activo de esta acción, conducen a probar que el actor prestó sus servicios de forma ininterrumpida y continua, desde el 15 de junio del 2008 al 11 de octubre de 2012.

Es oportuno destacar que, si bien existe un vacío entre la terminación del contrato de prestación de servicios que venía rigiendo desde el 12 de agosto del 2008, esto es, 28 de febrero del 2010 (folio 778) y la celebración del contrato civil del 1 de octubre de 2011, lo que daría entender la inexistencia de la prestación de servicios por cerca de un año y siete meses, lo cual, compromete el elemento de continuidad que pretende hacer valer el recurrente, no es menos cierto, que a criterio de esta Corporación dicho análisis resulta limitado, pues de los demás medios de convicción se puede extraer que el actor prestó sus servicios durante el lapso que se echa de menos. Nótese que al respecto la testigo Natalia Ramírez, asentó con certeza que el trabajador demandante laboró al servicio de la encartada desde el año 2008 hasta el 2012, lo cual, se corrobora con los correos electrónicos aquí allegados, mismos que señalan la actividad que realizó el actor desde marzo del 2010 a septiembre del 2011. (folios 16 a 98).

Por manera que habrá de modificarse la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar que existió un solo contrato de trabajo, cuyo extremo inicial corresponde al 12 de agosto del 2008. En ese sentido, también habrá de modificarse lo atinente a la condena de prestaciones sociales y vacaciones, para cuya liquidación habrá de tenerse en cuenta el salario mínimo mensual vigente, como quiera que no fue objeto de alzada por las partes.

Excepción de prescripción

No obstante, previo a dicho análisis, ha de estudiarse el fenómeno de la prescripción en los términos de que trata el artículo 151 del CPTSS, partiendo de la base de que la entidad accionada propuso dicha excepción en la contestación de la demanda obrante en los folios 916 a 1018 del expediente.

En tal virtud, debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

No aparece dentro del expediente que el demandante haya reclamado a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende, por tanto, es claro que la prescripción sólo fue interrumpida con la radicación de la demanda el día **26 de junio del 2014** (folio 306)**.** En ese sentido, se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías y prima de servicios **causados** con anterioridad al **26 de junio del 2011.**

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ entre otras en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción.**

En cuanto a las vacaciones en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020) se declara probada la excepción de prescripción en relación con las exigibles antes del **26 de junio del 2010.**

Acreencias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe prueba alguna de que hayan sido canceladas al actor, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

Auxilio de Cesantías

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. (Art. 249 CST)

Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año. (Art. 253 CST)

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2° de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **$2.510.130** por concepto de auxilio de cesantías entre el 15 de junio del 2008 al 11 de octubre del 2012.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2008	$ 461.500	$ 55.000	$ 516.500	196	$ 281.206

2009	$ 496.900	$ 59.300	$ 556.200	360	$ 556.200
2010	$ 515.000	$ 61.500	$ 576.500	360	$ 576.500
2011	$ 535.600	$ 63.600	$ 599.200	360	$ 599.200
2012	$ 566.700	$ 67.800	$ 634.500	282	$ 497.025
Total Auxilio de cesantías					**$ 2.510.130**

Intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975, en la que se estipuló que:

> *"A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.*
>
> *2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.*
>
> *3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.*
>
> *4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargable*

Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **$118.624** por concepto de intereses a las cesantías causados con posterioridad al **26 de junio del 2011**.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2008 a 2010	Ene 09 a Ene 11	PRESCRITOS		
2011	ene-12	360	$ 599.200,00	$ 71.904,00
2012	Finalización Relación Laboral	282	$ 497.025,00	$ 46.720,35
Intereses a las cesantías				**$ 118.624**

Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado. (Art. 306 CST)

El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma de **$1.096.225** por concepto de prima de servicios causadas con posterioridad al **26 de junio del 2011**.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
jun-11	$ 535.600	$ 63.600	$ 599.200	180	$ 299.600
dic-11	$ 535.600	$ 63.600	$ 599.200	180	$ 299.600
jun-12	$ 566.700	$ 67.800	$ 634.500	180	$ 317.250
11-10-2012 terminó contrato	$ 566.700	$ 67.800	$ 634.500	102	$ 179.775
Total Prima de servicio					**$ 1.096.225**

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso. (Art. 186 y s.s. CST)

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas

se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **$1.072.007,50** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 12 de agosto del 2008				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
12/08/2008 a 11/08/2009	12/08/2010	$ 566.700,00	360	$ 283.350,00
12/08/2009 a 11/08/2010	12/08/2011	$ 566.700,00	360	$ 283.350,00
12/08/2010 a 11/08/2011	12/08/2012	$ 566.700,00	360	$ 283.350,00
12/08/2011 a 11/08/2012	11/10/2012 terminó contrato	$ 566.700,00	282	$ 221.957,50
Total vacaciones				**$ 1.072.007,50**

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías

En lo concerniente a la indemnización y sanción moratoria, aduce el apelante, que es dable su pago en razón a que la demandada no podía excusarse que tenía pleno convencimiento de que entre las partes existía un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil, cuando no había duda sobre la relación laboral que los ataba, además, que no se probó que estuvo vinculado a un sindicato o a una agremiación para concluir que se ha negado en alguna ocasión a firmar un contrato de trabajo

Respecto a ello cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en

cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actúo de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuentan sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor a través del citado contrato, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbró de la actividad personal que desarrolló el actor a favor de la llamada a juicio, realizada bajo la estricta subordinación y poderío de esta, sin que fungiera como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

En este punto es necesario advertir que, el hecho de que el demandante haya consentido y accedido a la firma de los contratos de prestación de servicios no exime *per se* al empleador del pago de la indemnización moratoria, menos cuando ejerció subordinación jurídica laboral. En esa medida, fue desacertado el Juez de primera instancia al despachar desfavorablemente estas pretensiones, máxime cuando "*el trabajador como la parte débil de la relación en muchas ocasiones se ve compelido, por la necesidad de obtener una fuente de ingresos para su subsistencia y la de su familia, a aceptar condiciones alejadas de las que en estricto rigor rigen el mundo del trabajo"* (SL8652-2016)

Por manera que se sigue revocar la decisión al respecto y, por ende, se entrará a cuantificar las indemnizaciones citadas:

- **Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.**

Se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses de finalizada la relación (folio 306, acta de reparto del 26 de junio del 2014), en consecuencia, le corresponde la suma de $18.890 a partir del 12 de octubre de 2012 hasta que se efectué el pago total de las acreencias adeudadas. Aclarando que para la fecha de terminación de la relación laboral el señor Wilman Alexis Rojas Celis devengaba un salario mínimo mensual vigente.

- **Sanción por la no consignación del auxilio de cesantías.**

Sobre la liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la CSJ ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, *"que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral"*

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **$8.227.640.**

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTICULO 99						
AÑO	**SALARIO**	**DESDE**	**HASTA**	**SALARIO DIARIO**	**TOTAL DÍAS**	**SUBTOTAL MORATORIA**
2010	$ 515.000	26/06/2011	31/12/2011	$ 17.167	186	$ 3.193.000
2010	$ 535.600	1/01/2012	14/02/2012	$ 17.853	45	$ 803.400
2011	$ 535.600	15/02/2012	11/10/2012	$ 17.853	237	$ 4.231.240
TOTAL SANCIÓN						**$ 8.227.640**

Indexación

Ante la prosperidad de la indemnización moratoria, se modificará la condena en relación a la indexación de las prestaciones sociales. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles, tal como se señaló en sentencia SL2695-2019. Sin embargo y como quiera que las vacaciones y la sanción por la no consignación de las cesantías objeto de condena no están cubiertas por la indemnización moratoria y, por consiguiente, ante su devaluación deberán ser indexadas al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 12 de octubre de 2012 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

Costas. En esta instancia a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 19 de junio del 2019, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un solo contrato de trabajo entre el señor **WILMAN ALEXIS ROJAS CELIS** y la empresa **INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS EN CIA S.A.**, a partir del 12 de agosto del 2008 al 11 de octubre del 2012.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutiva de la anotada sentencia, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada **INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS EN CIA S.A.** a pagar al señor **WILMAN ALEXIS ROJAS CELIS** las siguientes sumas de dinero:

a) **$2.510.130**, por concepto de auxilio de cesantía.
b) **$118.624**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
c) **$1.096.225**, por concepto de prima de servicios.
d) **$1.072.007,50**, por concepto de vacaciones, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 12 de octubre de 2012 y como IPC final al momento de su pago.
e) Por concepto de Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma diaria de **$18.890** a partir del 12 de octubre de 2012 hasta que se efectué el pago total de las prestaciones adeudas.
f) Por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías la suma de **$8.227.640**, que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 12 de octubre de 2012 y como IPC final al momento de su pago.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la citada demandada, en los términos del numeral 4° del art. 366 del CGP. Se fijan como costas la suma de $2.000.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ROSA INÉS RUIZ SOLANO***
DEMANDADO:	***FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES, ECONÓMICAS Y PENSIONES – FONCEP Y SAGRARIO PERALTA DE ORTIZ.***
RADICACIÓN:	***1100131050-05-2019-00128-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PARTES***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Rosa Inés Ruiz Solano instauró demanda ordinaria contra el Foncep y Sagrario Peralta de Ortiz, con el fin de que se declare que convivió en forma permanente e ininterrumpida con el señor José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.) durante 17 años desde el 23 de enero de 1982 hasta el 8 de octubre de 1999, fecha de fallecimiento del causante y, por tanto, tienen la calidad de beneficiaria como cónyuge (sic) sobreviviente de la prestación económica, por lo que el fondo es responsable del pago de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia. Como consecuencia de ello, solicitó se dispusiera a su favor el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, las mesadas reajustadas desde el momento de la muerte del causante, junto con los incrementos anuales de ley y las costas del proceso. (Exp. Dig., PDF "11001 31 05 005 2019 00128 00" fols. 2 y 3).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que convivió y compartió bajo un mismo techo, lecho y mesa desde el 23 de enero de 1982 con el señor José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.), en forma continua e ininterrumpida hasta el 8 de octubre de 1999, fecha del fallecimiento del citado señor; que como fruto de la unión nacieron Zuly del Pilar Ortiz Ruiz y Luz Aleyda Ortiz Ruiz.

Indicó que el Fondo de Ahorro y Vivienda -Favidi mediante Resolución No. 1647 de 1996, ordenó el reconocimiento de pensión de jubilación a favor del señor José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.) a partir del 1 de enero de 1996; que el 25 de agosto de 1999 el citado causante interpuso denuncia ante la Fiscalía Seccional de Asignaciones contra la señora Sagrario Peralta, relacionándola como víctima a la demandante; que la afilió

como beneficiaria del Plan de Beneficios del Sindicato de Empleados Distritales de Santafé de Bogotá.
Refirió que mediante Resolución 457 del 1 de marzo del 2000, aclarada por la Resolución 3185 del 29 de noviembre del mismo año, el Fondo de Ahorro y Vivienda - Favidi, reconoció el pago de pensión de sustitución pensional 50% a la señora Sagrario Peralta de Ortiz, en calidad de cónyuge sobreviviente y el otro 50% a las menores Zuly del Pilar Ortiz Ruiz y Luz Aleyda Ortiz Ruiz, hasta que cumplieran la mayoría de edad o terminación de sus estudios. Sin embargo, el 24 de enero del 2018, solicitó la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, por manera que mediante Resolución SPE – GDP No. 0396 del 28 de marzo del 2018, el Foncep resolvió dejar en suspenso el estudio de la prestación económica hasta tanto la justicia ordinaria decidiera quién tiene derecho.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Exp. Dig., PDF "11001 31 05 005 2019 00128 00", fols. 70 y 71), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Sagrario Peralta de Ortiz. Se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda argumentando que la convivencia real entre la demandante y el causante fue durante seis meses, cuando se registró convivencia simultánea en el corto lapso. Refirió que con el difunto convivieron de manera pública, pacifica e ininterrumpida, previamente en unión marital de hecho entre los albores de 1964 hasta el 17 de septiembre de 1976 y posteriormente continuaron su comunidad de vida doméstica inmersos dentro de una relación matrimonial, es decir, como cónyuges de manera única y exclusiva desde el 18 de septiembre de 1976 hasta el 8 de octubre del año 99. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. (Exp. Dig., PDF "11001 31 05 005 2019 00128 00", fols. 163 a 168).

3.1. Foncep. En su respuesta a la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de esta. Sobre los supuestos facticos manifestó que no le consta las afirmaciones que se hacen en tanto que en las mismas condiciones la señora Sagrario Peralta Ortiz, afirma lo dicho, razón por la cual se dejó en suspenso el reconocimiento para que se dirimiera por la justicia ordinaria. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación demandada, prescripción de mesadas pensionales y genérica. (Exp. Dig., PDF "11001 31 05 005 2019 00128 00", fols. 149 a 152).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de junio del 2020, en la que el fallador de primera instancia condenó al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones -Foncep a reconocer y pagar a la señora Rosa Inés Ruiz Solano, pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.), en una proporción del 30% de la mesada pensional a partir del 1 de agosto del 2018, junto con los reajustes legales y mesadas adicionales. Así mismo, condenó al citado fondo a crecer la proporción de la mesada de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Sagrario Peralta en un 70% a partir del 1 de agosto del 2018, junto con sus reajustes mensuales y mesadas adicionales. (Exp. Dig., audio Audiencia Art. 77 y 80…).

Para arribar a tal decisiva señaló que el señor José Leonildo Ortiz Páez tenía condición de pensionado y que falleció el 8 de octubre de 1999; en esa medida, aclaró que las partes incurrieron en imprecisión constante al aplicar la Ley 797 de 2003, siendo lo

correcto el texto original de la Ley 100 de 1993, norma que le brinda una prelación a la cónyuge supérstite. Sin embargo, pese a la confusión la solución será por vía jurisprudencial en el sentido que la CSJ advierte esta problemática de convivencia simultánea y le da su respectiva definición, es decir, que efectivamente se debe analizar el hecho material de la pensión de sobrevivientes que no es otro que la convivencia que para el momento en que falleció el señor José Ortiz se exigían tan solo dos años.

En ese sentido, significó que, de acuerdo con el acervo probatorio, el señor José Leonel Ortiz Páez tuvo dos núcleos familiares, el primero conformado con la señora Sagrario Peralta, mismos que procrearon 4 hijos; y el otro con la señora Rosa Inés Ruiz, relación que concibió 2 hijas. Así, al deponer al interior del proceso algunos de sus hijos fueron espontáneos al manifestar que ambos vieron a sus padres en una convivencia permanente y singular, de ahí que José Ortiz fuese muy hábil en el sentido de lograr mantener oculta a sus hijas de su segundo hogar, en tanto que los hijos del primer hogar señalaron que nunca habían conocido ni sabían de la existencia de las hijas de su padre con la señora Rosa Inés Ruiz, concluyendo que su padre pudo mantener en muy buena reserva la existencia de ese otro hogar.

Indicó, que de acuerdo con la denuncia que instauró el causante, pudo concluir que hubo separación definitiva de doña Sagrario Peralta de Ortiz en marzo del 99, sin que ello desvirtué la convivencia simultánea. Señaló que la proporción del 70% y 30% era en tanto que el Registro Civil de matrimonio de la señora Sagrario con la causante señala que el matrimonio fue celebrado el 18 de septiembre de 1976, no obstante, observó que todos los hijos nacieron antes del vínculo matrimonial, por manera que la pareja ya estaba conviviendo.

En ese sentido, consideró que la convivencia debía contabilizarse para el caso de la señora Sagrario, a partir de 1965 y hasta el mes de febrero de 1999, en razón a desde esa data se separaron definitivamente. En el caso de la convivencia con la señora Rosa, partirá del año 1989 momento para el cual una de las testigos indicó que los vio vivir juntos y dar fe de esa convivencia. Además, agregó que Zuly y Luz Aleida fueron sinceras en los recuerdos que tuvieron de su infancia y adolescencia que su padre era quien las recogía en el colegio. Así, encontró una proporción de 11.940 días en total de los cuales 3.600 días fueron con la señora Rosa Inés Ruiz, por lo que surge un porcentaje del 70 y 30 sobre la mesada pensional que se estaba reconociendo a los beneficiarios.

Terminó diciendo que en el presente no se discute que al momento del fallecimiento se reconoció el 50% a la conyugue y el otro 50% a las hijas mientras llegaban a los 25 años, de ahí que no pueda acceder al reconocimiento pensional a partir del 8 de octubre 1999, sino, desde el 1 de agosto del 2018.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Apelación demandante. En sustento de su recurso señaló que la prestación económica debe reconocerse en proporción con respecto a los periodos de convivencia, siempre que ambas cumplan con los requisitos para acceder a la prestación. En ese sentido, adujó que la sustitución pensional debe reconocerse teniendo en cuenta que la convivencia que se acreditó en el marco de la presente litis fue del 23 de enero de 1982 hasta el mes de octubre de 1999, con soporte en su declaración de parte.

Por otro lado, manifestó que, con respecto a la fecha de reconocimiento de la mesada pensional no debe ser excluida frente a los derechos de las hijas, por manera que su

reconocimiento debió ser desde el 9 de octubre de 1999, en proporción correspondiente a la fecha de convivencia que va desde el 23 de enero de 1982 hasta el día 8 octubre de 1999, data en la que fallece el causante. (Exp. Dig., audio Audiencia Art. 77 y 80…).

5.2. Apelación Sagrario Peralta de Ortiz. En su alzada arguyó que, de conformidad con la norma vigente al momento de la muerte del causante, esto es, la Ley 100 de 1993, se exige a la compañera permanente con mayor rigor acreditar convivencia con el causante por lo menos durante los dos últimos años de vida.

Consideró que no es creíble la declaración vertida por la señora Zuly del Pilar Ortiz, pues a pesar de que no desconoce que la muerte de su señor padre no estuviese precedida de un impacto emocional, sin embargo, no puede tener un conocimiento riguroso, directo y personal de la convivencia de sus padres, en tanto que para aquella data tenía apenas 4 años, por lo que es demasiado difícil aceptar por las reglas o máximas de la experiencia que un ser humano vaya a tener una precisión memorística en cuanto las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Indicó que se debe tener en cuenta la conducta procesal asumida por la demandante, en el sentido de que ella no reclamó al momento de acaecer la muerte del causante el beneficio pensional, por tanto y conforme a las pruebas allegadas al proceso, refirió que realmente la única persona que acreditó convivencia permanente e ininterrumpida fue la señora Sagrario Peralta de Ortiz, que demostró su convivencia de 1965 y hasta marzo de 1999, fecha en la que su esposo la abandonó. (Exp. Dig., audio Audiencia Art. 77 y 80…).

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Consideró acerada la decisión emitida por el A quo, en lo atinente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del causante, en tal virtud, ya que la ratio decidendi del fallo se ajusta a los parámetros legales y constitucionales, estructurados por las altas corporaciones, en lo concerniente a la concesión de la pensión de sobrevivientes. Sin embargo, únicamente presenta discordancias frente a la misma toda vez que se le debe reconocer la mesada pensional, a partir de la fecha de fallecimiento del causante y, además, que al no considerar que se acreditó la convivencia ininterrumpida, desde el mes de enero de 1982 hasta el mes de octubre de 1999.

6.2. Foncep. En su escrito indicó que la norma aplicar de acuerdo con la fecha deceso del causante es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 disposición que requería la probanza de convivencia de 2 años continuos con anterioridad a la muerte de pensionado. Refirió que para el caso y frente a la solución de la posibilidad que dos o más personas acrediten la convivencia con un pensionado fallecido o con derecho a pensión, la ley también establece la forma de dirimir el conflicto, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 6. de la ley 1204 de 2008.

Agregó que ha preservado la protección del derecho fundamental al mínimo vital de los adultos mayores en aplicación del artículo 46 de la Constitución Política, en el sentido de dejar condicionado por un término de 4 meses a partir de la notificación de la Resolución No. SPE-GDP 0396 del 28 de marzo de 2018, el 50% de la pensión de sobrevivientes que viene devengado señora Sagrario Peralta Ortiz, en su calidad de cónyuge sobreviviente desde el 9 de octubre de 1999; término dentro del cual se le insiste a la recurrente acudir a la justicia ordinaria a fin de que dirima el conflicto suscitado entre las pretendidas beneficiarias de la pensión de sobrevivientes del causante.

Por último, señaló que no podría exigirse el pago retroactivo debido a que la señora Rosa Inés Ruíz Solano, con la expedición de la RESOLUCIÓN SPE - GDP N° 0396 del 28 de marzo de 2018 está devengando mesada en calidad de cónyuge sobreviviente, desde el 9 de octubre de 1999, razón por la cual se configuraría un doble pago o erogación sin causación por la parte demandante.

6.3. Sagrario Peralta de Ortiz. En sus alegatos señaló que deben ser analizadas en su totalidad las pruebas allegadas al proceso, de manera critica, esto en el sentido de la credibilidad que puedan ofrecer los testimonios de las hijas del causante, ya que lo hacen cuando solo tenías 4 o 6 años cuando transcurrió el periodo de 1997 a 1999. Adujó que la ciencia médica y psiquiátrica establece que de los 4 a 6 años solo la memoria guarda episodios extraordinarios y de gran impacto emocional y no permite establecer una narración de lo sucedido en esos dos años con la concreción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan con el testimonio de un niño o niña acreditar la convivencia marital entre dos personas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las señoras Rosa Inés Ruiz Solano y Sagrario Peralta de Ortiz se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta a favor del Foncep en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- ✓ ¿Rosa Inés Ruiz Solano, en calidad de compañera permanente del causante José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.), reúne las condiciones legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por parte del Foncep, misma que le fue reconocida a Sagrario Peralta de Ortiz, como cónyuge supérstite? De ser afirmativa la respuesta ¿A partir de que data y en qué proporción debe ser su reconocimiento?

Fallecimiento

Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.), se encuentra acreditado con el registro de defunción que milita a folio 56, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 8 de octubre de 1999, como se indicó en el libelo incoatorio.

Normatividad aplicable

Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, dado que el óbito se produjo el 8 de octubre de 1999.

Calidad de pensionado del cujus.

No se discute que el señor José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.) fue pensionado por el Fondo de Pensiones Públicas de Santafé de Bogotá D.C., por medio de la Resolución No. 1647 del 28 de octubre de 1996, lo cual es aceptado por el Foncep y se corrobora en la Resolución No. 457 del 1 de marzo de 2000, aclarada por acto administrativo No. 3185 del 29 de noviembre del 2000. (Exp. Dig., PDF "11001 31 05 005 2019 00128 00", fols. 34 y s.s.)

Beneficiarios de la pensión de sobreviviente

El numeral 1° del art. 46 de la Ley 100 de 1993, establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

Requisitos de la pensión de sobreviviente

El literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, establece que tendrá derecho a la pensión de sobreviviente en forma vitalicia el o la cónyuge o compañero (a) permanente supérstite. Y señala que en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del **pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta el fallecimiento y haber convivido no menos de 2 años con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

En este orden, para resolver los reproches del impugnante lo procedente sería analizar en un principio la real convivencia con la *de cujus*, basada en la existencia de lazos afectivos, así como el ánimo de brindarse apoyo y colaboración, pues, en el derecho a la sustitución pensional, la ley concede especial relevancia a la convivencia responsable y efectiva al momento del óbito, ya que en el marco del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, el parámetro esencial para determinar quién es el legítimo beneficiario de la pensión de sobrevivientes es la convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja. En tal virtud, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2235 de 2019, señaló al respecto:

> "*En ese sentido, la Corte ha establecido que tanto al cónyuge como al compañero (a) permanente les es exigible el presupuesto de la convivencia efectiva, real y material, por el término establecido en la ley, por lo que no basta con la sola demostración del vínculo matrimonial, para tener la condición de beneficiario (CSJ SL, 10 may. 2005, rad. 24445, reiterada en CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 42792, CSJ SL460-2013 y CSJ SL13544-2014).*"

Además, siguiendo los derroteros expuesto por la CSJ, ha de precisarse también que en tratándose de compañera permanente no es dable exigirle la convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudirse a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 del 2007, en la que se señaló que se entiende por familia "*Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos".*

Conforme a lo anterior, se procede a revisar si la demandante o la compañera permanente cumplen con las exigencias normativas para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, de la siguiente manera:

Derecho reclamado por la señora Sagrario Peralta de Ortiz

- Calidad de cónyuge supérstite.

Como se anunció, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual en efecto se encuentra demostrado en el caso analizado, en tanto la señora Sagrario Peralta de Ortiz contrajo **matrimonio** con el señor José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.) el 18 de septiembre de 1976 (Exp. Dig., PDF "11001 31 05 005 2019 00128 00", fols. 108 y s.s.), sin que aparezca anotación que describa modificaciones al estado registrado.

- Prueba de la vida marital y convivencia de la cónyuge al momento del fallecimiento del pensionado.

Ahora, para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja, antes del fallecimiento del señor José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.) y teniendo en cuenta que la demandada arguye que este requisito se encuentra acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario encontrando que en primer lugar, que en interrogatorio de parte a la señora Sagrario Peralta de Ortiz, a viva voz señaló que se casó el 18 de septiembre de 1976, aclarando, que su convivencia con el causante fue hasta marzo de 1999; que fruto de dicha unión procrearon a 4 hijos y que previo al vínculo matrimonial vivieron en unión marital de hecho desde abril de 1965. Así mismo, refirió que nunca abandonó el hogar, sino solo hasta marzo de 1999, fecha en la que después de regresar de un viaje "él no se encontraba". No obstante, aclaró que pese aquello continuó frecuentando su hogar.

En igual sentido, en declaración surtida por José Omar Ortiz, éste señaló que su familia conformada por sus padres José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.) y Sagrario Peralta de Ortiz y sus hermanas menores, tuvieron como última residencia en el barrio Pastranita de la localidad de Kennedy y lo fue desde el año 1980. Señaló que su señor padre siempre vivió con su mamá y nunca se separaron, pese a que en el año 1987 el testigo se casó y se independizó de su familia. Conocimiento que deviene de la cercanía de su vivienda con la de sus progenitores. Agregó que su señor padre nunca le comentó de sus hijas extramatrimoniales y que en el mes de marzo del año 99 decidió irse de su vivienda.

Por su parte, la señora Yaneth Ortiz Peralta, manifestó que su señor padre convivió con su mamá hasta marzo de 1999, fecha en la que él se había ido de su vivienda. Significó que siempre estuvo presente, sin embargo, se ausentaba fines de semana, para hacer presentaciones y tocar guitarra. Agregó que convivieron sin ninguna interrupción, máxime que estando en el Bienestar Social, salió pensionado y montó un taller en la casa de arreglo de teléfonos y siembre la mantuvo afiliada al seguro médico de la empresa y posteriormente a Famisanar EPS.

Lo dicho en precedencia mantiene su credibilidad en tanto que al plenario se allegó denuncia 1948 del 25 de agosto de 1999 ante la Fiscalía Seccional de Asignaciones, mediante la cual José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.), como denunciante; víctima Rosa Inés Ruiz Solarte; imputado Sagrario Peralta, señala: "*Desde hace seis meses me encuentro separado de mi esposa SAGRARIO PERALTA", y donde ese momento por el*

hecho que en el momento me encuentro viviendo con nueva compañera Rosa Inés Ruiz, con los cuales tengo dos niñas (…)"

De lo anterior, se colige que la que la cónyuge no demostró el requisito de convivencia con el causante en los últimos años de vida de éste, en razón a que dichas probanzas escatiman la inexistencia de una *efectiva, real y material* convivencia entre la pareja entre marzo de 1999 a octubre del mismo año, sin embargo, es claro para esta Sala que se deben tener en cuenta los años que compartió la pareja antes del rompimiento de la convivencia, los cuales, a simple vista son superiores a los dos años que exige la norma, convivencia que se encuentra acreditada por lo menos desde que contrajeron matrimonio el 18 de septiembre de 1976 y hasta ocho meses antes de su muerte, tiempo en el cual resulta evidente que la pajera mantuvo lazos familiares de ayuda mutua y socorro propio del núcleo familiar, por manera que la cónyuge lo acompañó durante su vida productiva y participó en la construcción de la prestación económica, siendo solidaria en sus necesidades, al punto que el vínculo matrimonial se mantuvo vigente, es decir, pese a la separación de cuerpos que se suscitó, nunca se divorciaron.

En ese sentido, la falta de convivencia entre los cónyuges durante los dos años anteriores al deceso no es óbice para negar la prestación económica reclamada, además, por cuanto que sobre el alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, estableció la Corte Constitucional en sentencia SU 453 de 2019, que la acreditación de los 2 años de convivencia lo son en cualquier tiempo y no únicamente contados inmediatamente hacia atrás al momento de la muerte del causante. Con todo, precisó que dicho precepto permite suplir el requisito de convivencia mínimo de 2 años con anterioridad de la muerte del pensionado con el hecho de haber procreado hijos con éste, sin que ese condicione el nacimiento dentro del término de 2 años anteriores al óbito, contrario a lo establecido de manera reiterada en criterio jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Así, es claro para la Sala que el período de convivencia entre el pensionado fallecido y la demandada Sagrario Peralta de Ortiz debe tenerse en cuenta para la pensión que pretende sucederse, acotando, que deberá ser entre el 18 de septiembre de 1976 al 31 de marzo de 1999, pues, contrario a lo que estimó el Juez primigenio, la convivencia efectiva, real y material no podría tenerse antes de dicha fecha, toda vez que no existe medio de convicción que permita concluir y tener certeza de que la pareja hayan convivido previamente al matrimonio, quedando solo el dicho de la demandada, el cual, cómo bien es sabido, están lejos está de tenerse en cuenta, ya que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella.

Adicional a lo anotado, la cónyuge supertiste también demostró la procreación de 4 hijos con el señor José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.), conforme a los registros civiles de nacimiento que obran a folios 104 a 107, que dan cuenta que José Omar Ortiz, Nohora Olga Ortiz, Libardo Ortiz y Janeth Ortiz, son hijos de la pareja, encontrándose de todas maneras suplido el requisito de la convivencia. Ahora, debe precisarse que sobre el porcentaje que le corresponderá o si esta tiene derecho a la totalidad de la prestación económica, la Sala se pronunciará una vez se defina el derecho que le asiste a la demandante Rosa Inés Ruiz Solano.

Derecho que le asiste a la demandante Rosa Inés Ruiz Solano.

En relación con la inconformidad formulada respecto de la decisión proferida por el fallador de primera instancia sobre el derecho que le asiste a la demandante en calidad de compañera permanente, ha de precisar la Sala que analizado en su conjunto el

material probatorio obrante en el proceso, no se observa acreditada la convivencia previo al fallecimiento del causante, ni en cualquier tiempo, tampoco que ésta formara parte de su familia, en los términos indicados por la Corte Constitucional, pues nótese que si bien Zuly del Pilar Ortiz Ruiz y Luz Aleyda Ortiz Ruiz, indicaron que sus padres Rosa Inés Ruiz Solano y José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.) convivieron hasta la fecha de su deceso, así mismo, la señora Flor Marina Espitia manifestó que corroboró su dicho, lo cierto es que dichas declaraciones presentan serias imprecisiones que no le aportan credibilidad a la Sala de Decisión sobre tal aspecto.

Así, adviértase que las testigos para la fecha previa al fallecimiento del señor José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.) significaron que sus padres vivieron juntos hasta el acontecimiento, circunstancia que ratificó la señora Rosa Inés Ruiz Solano y Flor Marina Espitia también en su declaración, sin embargo, no se puede perder de vista que la señora Zuly del Pilar Ortiz Ruiz le constaba de tal situación a pesar de que tenía para aquella fecha la edad de 5 años, situación que de por si no permite tener por acreditado la convivencia, pues, de acuerdo con las reglas de la experiencia es muy difícil que una persona tenga recuerdos de su niñez a la mencionada edad y con tal precisión, sobre el pago de arriendos, servicios públicos o compras de mercado.

Además, si bien la señora Luz Aleyda Ortiz Ruiz manifestó que tenía recuerdos de que sus padres convivieron desde cuando tenía cinco años, es decir, para el año 1987, fecha en la que sus padres se fueron a vivir en arriendo en primer lugar al barrio Patio Bonito, y posteriormente a una habitación arrendada por la señora Flora Marina Espitia, cuando tenía la edad de 7 años, es decir, en el año 1989, dicha afirmación se cae de su propio peso, en tanto, que precisamente esta última persona, Flora Marina Espitia, en su declaración indicó que lo había sido en el año 1983; aclarando, que la citada señora también incurre en serias contradicciones, ello, por cuanto a que posteriormente cambio su dicho y afirmó que el arriendo fue en el año 1990, después corrigió y señaló que fue en el año 1989, luego, reiteró que lo fue en el año 1983, porque en la misma diligencia se lo recordó un tercero.

A ello se suma, con mayor relevancia para el caso, la denuncia presentada por el mismo causante y que tiene data del 25 de agosto de 1999, en la que señala que para aquella fecha la convivencia había perdurado desde hace seis meses, es decir, a partir de marzo del mismo año, luego surge evidente la falta de convivencia durante el lapso exigido en la norma, esto es, los dos últimos años no solo de manera previa a la muerte, sino, además, en cualquier tiempo.

En esa medida, basta por demás señalar que la demandante confesó no solo existencia de dicha denuncia penal, sino, la certeza de lo que allí se consignó es cierto, pues acompañó al señor José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.) a radicar la denuncia en tanto que "*el motivo por el cual él tomó la decisión de esa denuncia porque se llevaron a una de nuestras hijas diciéndole que tenía que alejarme de él que tenía que dejarlo y por eso él tomó la decisión de hacer esa denuncia*", reiterando, que lo allí señalado es correcto.

De acuerdo con lo anterior, queda claro que la convivencia entre la señora Rosa Inés Ruiz Solano y el de cujus sólo tuvo lugar durante aproximadamente 6 meses que no fueron inmediatamente anteriores a la fecha del deceso, y si bien es cierto, este requisito de la convivencia puede ser suplido con la procreación de uno o más hijos con el fallido, como se explicó precedentemente, no es menos cierto que en este caso a pesar de encontrarse acreditado que Zuly del Pilar Ortiz Ruiz y Luz Aleyda Ortiz Ruiz son hijas del señor José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.) y la promotora del litigio, ésta

no demuestra el primer presupuesto de la norma, cual es acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte, pues se reitera que no existe prueba de la convivencia para el momento del fallecimiento.

> *"ARTICULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera permanente supérstite.*
>
> *En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos o discontinuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido…"*

En otras palabras, son dos los requisitos que exige la norma transcrita (i) acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y (ii) convivencia con el fallecido no menos de 2 años con anterioridad a la muerte, solo este último requisito puede ser suplido con la procreación de hijo(s)con el fallecido.

Por manera que considera la Sala que contrario a lo dicho por la recurrente demandante, la actora Rosa Inés Ruiz Solano no tiene derecho a la prestación en la forma como la reclama, ni de forma proporcional, pues surge evidente del haz probatorio traído a colación la falta de vida marital con el causante hasta su muerte, presupuesto de hecho que debe cumplirse por así disponerlo el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, pues se insiste que no existe prueba de la convivencia del causante con la demandante desde el día 25 de agosto de 1999 hasta el día de óbito.

Decidir lo contrario, sería estar en contravía de la doctrina sentada por nuestras altas Cortes, quienes enfáticamente han señalado que el objetivo del legislador al estatuir la figura de la pensión de sobrevivientes, no es otro que amparar a aquellas personas que formaban parte de una comunidad de vida fundada en el amor, el respeto y la solidaridad y que en razón al deceso de uno de sus integrantes, se ven afectadas económica, emocional y espiritualmente al no contar con dicho apoyo a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte. Finalidad que en sub lite no se cumple frente a la compañera permanente quien desde hacía 2 meses antes del fallecimiento no hacia parte del núcleo familiar del causante ni participó en la construcción del derecho pensional del señor José Leonildo Ortiz Páez (q.e.p.d.), pues está demostrado que al de cujus le fue reconocida la pensión desde el año 1996.

En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda la condena a favor de la demandante, se revocará en su integridad la sentencia proferida por el A quo, advirtiendo que el derecho a la pensión de sobrevivientes se mantendrá en cabeza de la cónyuge supérstite, por lo que así se ordenará a la codemandada. Costas en ambas instancias a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 3 de junio del 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas convocadas a juicio de todas las pretensiones de la demanda, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES, ECONÓMICAS Y PENSIONES – FONCEP**, mantener el derecho a la pensión de sobrevivientes en cabeza de la cónyuge supérstite.

TERCERO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandante en los términos del numeral 4° del art. 366 del CGP. Se fijan como agencias en derecho la suma de $250.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***AURA ROSA MARÍN DE ARIZA***
DEMANDADO:	***COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.***
RADICACIÓN:	***08-2017-00715-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PARTES***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Aura Rosa Marín de Ariza instauró demanda ordinaria contra Compañía de Seguros Bolívar S.A., con el propósito de que se condene a pagar a su favor la pensión de sobrevivientes, en calidad de madre supérstite del señor Roberto Ariza Marín, a partir del 29 de agosto de 2016, con los respectivos reajustes, mesadas adicionales, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho y, lo que llegaré a probarse en el decurso del proceso, con base en la facultad de extra y ultra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el señor Roberto Ariza Marín, se encontraba disfrutando de una pensión de renta vitalicia, sin embargo, el día 29 de agosto del 2016 falleció. Indicó que en vida el citado no contrato nupcias, no convivió en unión marital de hecho, ni procreó hijos, y en ese sentido, adujó que como madre del causante dependió económicamente de su hijo hasta el día de su deceso, dado que por su avanzada edad y sus constates quebrantos de salud no puede realizar actividades laborales, tampoco puede proporcionarse lo suficiente para subsistir por sí misma.

Insistió que el causante se convirtió en el apoyo económico de su madre, asumiendo la mayoría de los gastos, como para satisfacer las necesidades básicas como alimentación y vestuario, por lo que acotó que es beneficiaria de la sustitución pensional, con ocasión del fallecimiento de su hijo, conforme lo prescribe el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, misma que le fue negada por la encartada. (fols. 3 a 12).

2. Contestación de la demanda Compañía de Seguros Bolívar S.A. Se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda argumentando que la demandante no acredita el cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 13 de la Ley 797 de

2003, para acceder a la pensión de sobrevivientes. En lo atinente a los supuestos facticos indicó que dentro del proceso no reposa ningún documento o prueba tendiente a acreditar la supuesta dependencia económica alegada por la actora. Propuso como excepciones de merito las que denominó ausencia de cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, prescripción y genérica. (fols. 47 a 62).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de junio del 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró que la señora Aura Rosa Marín de Ariza es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo Roberto Ariza Marín y, en consecuencia, condenó a la encartada a su pago a partir del 29 de agosto del 2016, en un porcentaje del 100% y en cuantía de un SMMLV, con sus respectivos incrementos decretados por el Gobierno Nacional para cada una de las anualidades subsiguientes, valores que deberán ser indexados, frente a las cuales se autoriza que Seguros Bolívar realice los descuentos respectivos para el Sistema de Seguridad Social en Salud. No condenó en costas. (Cd. folio 169).

Para arribar a tal decisiva señaló que respecto de la normatividad para determinar cuál es el titular o titulares de la pensión solicitada y en cuál proposición ha de tener ella, ha expresado la Corte Suprema de Justicia, que por lo general es la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado la que determina la norma que regula la sustitución pensional. En esa medida adujó que cómo quiera que el señor Roberto Ariza Marín murió el 29 de agosto de 2016, conforme se evidencia a folio 22, la normatividad que regía en ese momento era la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, la cual se encontraba vigente para dicha calenda.
Agregó que la calidad de pensionado del señor Roberto Ariza, no se encuentra en discusión.

Así las cosas, luego de hacer alusión de la normatividad aplicable y a las sentencias C 111 de 2006 y SL 8406-2015, adujó que conforme al material probatorio recaudado el causante no tuvo en vida esposa o compañera permanente, ni tampoco procreó hijos, por lo que es procedente el estudio de dicha prestación en favor de la Sra. Aura Rosa Marín, además, ya que acredita ser la señora madre del fallecido. De manera que indicó que en aras de acreditar la dependencia económica, debía acudirse al acervo probatorio recaudado en autos, así, concluyó que estaba demostrado que los aportes adicionales que recibe la demandante de sus otros hijos y de los alimentos que se producen en su finca no la hacen autosuficiente económicamente, pues según la testigo, la ayuda que recibía la actora por parte de uno de sus hijos era tan solo de $50.000, siendo que los demás hijos estaban imposibilitados para responder económicamente, dadas las responsabilidades y gastos propios.

Agregó que los alimentos cultivados en el predio de la demandante son usados únicamente para el consumo familiar, más no para obtener un beneficio económico, además, por cuanto también señaló la testigo Lady Ariza, que tan pronto su hermano recibía su mesada pensional le entregaba a ella la suma de $280.000 o $300.000 para que lo girara a su señora madre a través de la empresa Efecty, dinero que la demandante usaba principalmente para su alimentación.

Aludió al formato para verificar dependencia económica, documento que fue diligenciado conforme a la información en su momento suministró la accionante y del cual logró observar que los gastos mensuales de la demandante ascendían a la suma de $670.333, coligiendo que el causante era quién daba en mayor parte o asumía la mayor parte de los gastos de aquella. Lo anterior, en tanto que el aporte económico de los hijos Guillermo, Saúl y Hugo Ariza en total era de $120.000 y la ayuda del señor

Roberto Ariza, era en la suma alrededor de $300.000. Por ende, después de su muerte, evidentemente se desmejoró la condición socioeconómica de la demandante.

Concluyó de lo anterior que en definitiva constituye el suministro de la colaboración y ayuda económica del causante, es esencial y significativa para el sustento mínimo de la progenitora, dado que el dinero que aportaba mensualmente no correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacía sus padres, sino, que por el contrario era determinante para su sostenimiento, dada la cantidad aportada y su periodicidad. En los anteriores términos al configurarse el requisito de dependencia económica de la actora respecto del causante, aduce que se cumplen los prepuestos para la procedencia de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Ahora, en lo atinente los intereses moratorios señaló que no son procedentes, como quiera que se presentó un debate factico jurídico razonable y solo hasta este fallo se determinó que le asiste derecho a la accionante y en esa medida existían razones atendibles que, aunque no son compartidas por el despacho, si justifican la omisión en el reconocimiento.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Apelación demandante. En sustento de su recurso señaló que contrario a lo dicho por la A quo, las pruebas documentales indicaban que al momento de la solicitud se podía establecer la dependencia a económica de la demandante con su hijo, por lo que teniendo en cuenta el artículo 141 de la ley 100 de 1993, el cual, establece claramente su procedencia por la omisión por el retardo de las mesadas pensionales, tiene derecho al pago de los intereses moratorios. (Cd. folio 169).

4.2. Apelación Compañía de Seguros Bolívar S.A. En su alzada arguyó que no es posible llegar a colegir que el señor Roberto Ariza Marín le ayudara a su señora madre con $300.000 mensuales por cuanto a que en las declaraciones que se adosaron al expediente y en la contestación de la demanda aparece claramente que el causante pagaba por su propia manutención una suma superior a su mesada pensional. (Cd. folio 169).

5. Alegatos de conclusión. Parte demandada. En su escrito de alegaciones refirió que el fallo de primer grado no tiene fundamento de hecho, ya que, si se observan los gastos que su hijo fallecido tenía al momento de su muerte, comparados con los ingresos que recibía, matemáticamente no dan el resultado previsto por el A-quo. Con otras palabras, indicó que al sumar los gastos de su hijo fallecido, tales ascendían a la suma de $670.333, que restados del ingreso mensual probado $790.000 no dan como resultado el rubro señalado en la sentencia impugnada, de tal manera concluyendo que el mencionado hijo nunca tuvo el dinero necesario para que mes a mes pudiera contribuirle a su señora madre en su sostenimiento o manutención.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- ✓ ¿Se encuentra demostrada la dependencia económica de la aquí actora respecto de su hijo Roberto Ariza Marín y, por ende, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión de su deceso?

- ✓ ¿Se equivocó la Juez de primer grado al abstenerse de reconocer los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por considerar que la demandada acreditó razones justificantes para no reconocer la prestación económica deprecada?

Fallecimiento

Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Roberto Ariza Marín se encuentra acreditado con el registro de defunción que milita a folio 22, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 29 de agosto del 2016, como se indicó en el libelo incoatorio.

Normatividad aplicable

Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 29 de agosto del 2016.

Calidad de pensionado del cujus.

No se discute que el señor Roberto Ariza Marín fue pensionado por la encartada, además, ello se lograr corroborar con el documento visto a folios 24 y 25 del expediente.

Parentesco

Tampoco existe controversia en que Aura Rosa Marín De Ariza es progenitora del causante, lo cual, también se extrae del registro civil de nacimiento adosado a folio 21.

Dependencia económica

Para resolver el problema jurídico relacionado con el derecho que le asiste a la demandante, debemos remitirnos al literal d) del art. 47 de la L. 100/93, modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003, el cual señala que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes ***los padres, sí dependían económicamente del causante.***

Respecto de la norma en comento ha de rememorar la Sala que la Corte Constitucional en sentencia **C-111 de 2006**, declaró **inexequible** la frase de la norma en mención que exigía la demostración por parte de los padres de una **dependencia económica *"total y absoluta",*** al considerar que dicho requerimiento se aparta de los criterios de necesidad y de salvaguarda al mínimo existencial como condiciones reales que sirven de fundamento para legitimar el cobro de la pensión de sobrevivientes, en tanto que la norma se limita a prohibir de manera indiscriminada su reclamación, cuando se obtienen por los padres cualquier tipo de ingresos distintos a los que surgen de dicha relación prestacional, sin tener en cuenta la suficiencia o no de los mismos para asegurar una vida en condiciones dignas.

Por tanto, la Alta Corporación precisó que el juzgador debe comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento del fallecimiento su hijo, siendo innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.

Frente al tema, igualmente la CSJ entre otras en la sentencia **SL 1310-2019** ha señalado que la misma **no tiene que ser total y absoluta**, pues los padres pueden recibir ingresos de su propio trabajo, y precisó en la sentencia **SL 1219-2019** que, no cualquier ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobreviviente, sino aquella que tiene la connotación de ser **relevante y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia**, teniendo en cuenta que la finalidad prevista por el legislador para la pensión de sobrevivientes, es la de servir de amparo a quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

Bajo esos presupuestos, aplicados al caso en concreto, esta Sala debe señalar que, pese a que la encartada especificó que la mesada pensional percibida por el fallecido alcanzaba para cubrir exclusivamente sus propios gastos mensuales, de allí que no sea posible que con la misma realizara la manutención de su progenitora, lo cierto es que, dicha situación por si sola no derriba la conclusión a la que arribó la sentenciadora de primer grado, ya que la madre reclamante estaba subordinada económicamente al hijo fallecido, en tanto, que los medios probatorios allegados al proceso, tales como, las declaraciones de terceros adosadas al plenario y el testimonio practicado, dan cuentan que el ingreso del pensionado, daba para cubrir sus gastos propios y los de su progenitora, quien carecía de solvencia.

Al respecto advierte esta colegiatura es que las declaraciones extra proceso de Nohora Isabel Moreno Barreño, Lourdes Bernal Muñoz y Dulcelina Téllez Quiroga - mismas que no requirieron de ratificación, en tanto que la demandada no lo solicitó - dan cuenta al unisonó que conocen de vista, trato y comunicación a la actora hace veinte, treinta y quince años respectivamente y que esta "*dependía económicamente de su hijo ROBERTO ARIZA MARÍN hasta la fecha de su deceso ocurrido en la ciudad de Palmira, Valle el día 18 de agosto de 2016 ya que por quebrantos de salud y avanzada edad no puede proporcionarse lo necesario para subsistir por sí misma*". (folios 31 a 33)

Así mismo, la señora Lady Ariza Marín, única deponente al interior del proceso, resaltó que su señora madre demandante en este proceso, vive en una finca en Santander, que dependía económica del fallecido, dado que este no tenía hijos ni esposa, además, que era la única persona que le ayudaba en razón a que sus demás hijos no le podían colaborar dadas a sus obligaciones familiares. Significó que la ayuda que le brindó el pensionado constaba de una suma mensual de $280.000 o $300.000, los cuales le servían para su manutención y complementaba con los alimentos que le producía la finca. Sin embargo, tras su muerte, tres de sus hijos únicamente la sostienen con $150.000.

De acuerdo con lo anterior, del soporte probatorio aludido, no existe conclusión distinta de que el aporte económico que realizaba el óbito a su progenitora, tuvo la virtud de estructurar la dependencia económica que se requiere para ser merecedora de la pensión de sobrevivientes, ya que aquella suma fue relevante y esencial para el

sostenimiento de la demandante, es decir, que los aportes de su hijo eran fundamentales para su sustento, al punto que que con posterioridad al fallecimiento, la calidad de vida desmejoró, tanto que solo recibe $150.000 de sus otros hijos.

Haciendo notar que dicha declaración no pierde credibilidad con la investigación y verificación realizada por la misma entidad, pues, contrario a lo pretendido, demuestra que la accionante era subordinada económicamente del pensionado. Ello, por cuanto a que la señora Lady Ariza Marín en aquella diligencia también sostuvo que sus otros hermanos tenían obligaciones familiares y, por tanto, económicamente no podían ayudar a su mamá. Agregando, que si bien el causante pagaba para su propia manutención la suma de $140.000 en arriendo, servicios $50.000 y *"Para la comida a veces cocinaba o comía en la calle, en ocasiones venía a comer aquí, él era de muy buen comer, por ahí entre $10.000 o $15.000 diarios"*, no significaba que su mesada pensional fuese la única suma percibida por éste. De hecho, la declarante en aquella oportunidad aclaró que "*la mesada pensional era como de $640.000 eso fue lo último que nos pagaron por él en el Baco* (SIC)*, y lo del Extra q´ era entregando el periódico, aproximadamente al mes se hacía entre $400.000 y $600.000."*, por tanto, "*Él mandaba por Servientrega $300.000 casi siempre me los daba a mi para que le consignara"*

Por manera que no podría aceptarse la tesis de la independencia económica, por el hecho de que su mesada pensional no fuese suficiente para el sostenimiento de su señora madre, aquí demandante. Por el contrario, esto permite concluir a esta Sala que la anterior suma efectivamente era el aporte que le suministraba el causante, además, que no solo constituía una simple ayuda o colaboración, sino que era de tal entidad que con él sufragaba sus necesidades básicas, y a esto último se arriba, del dicho de Lady Ariza Marín, mismo que, es coherente con la declaración vertida en dicha diligencia por Fanny Valencia que especificó ser la arrendadora del inmueble y a quien el fallecido le pagaba por arriendo la suma $140.000 de arriendo, $60.000 por servicios de agua y luz y $3.000 de gas, advirtiendo que quien dependía del fallecido era su mamá.

De tal suerte, que los medios de convicción reseñados es posible colegir sin lugar a equívocos que la promotora del proceso dependía económicamente del causante, lo cual, como se vio, la censura no logró demostrar lo contrario. Así las cosas, se sigue confirmar la decisión que en este punto tomó la Juez primigenia, pues, es claro que no cometió ningún desacierto.

Intereses moratorios.

Ahora, la Sala se centrará al estudio de la inconformidad que presenta la actora en su alzada, en torno a la intelección del precepto normativo que le dio la Juez de primer grado al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, para negar su condena. Pues bien, de entrada, advierte esta Corporación que el citado ataque que se hace a la sentencia tiene vocación de prosperar, por cuanto es evidente el yerro que cometió la A quo.

Lo anterior, por cuanto de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se generan por el retardo en el pago de las mesadas pensionales sin que sea necesario analizar "*la buena o mala fe o las circunstancias particulares que condujeron a la discusión del derecho pensional, no pueden ser consideras para establecer la procedencia de los intereses moratorios de que trata el precepto bajo análisis, tal como se indicó en sentencias como la CSJ, SL 23 sep. 2002, rad. 18512, SL 29 may. 2003, rad. 18789, SL 13 jun. 2012, rad. 42783, entre otras; pues no se concibe como un acto*

liberatorio de tales réditos, la negativa de la prestación pensional por el simple hecho de existir un motivo de duda sobre el surgimiento del derecho por parte de la administradora pensional, menos aún, fincada en la acreditación fáctica de la dependencia económica, como se esgrime y lo sustenta en el cargo la entidad demandada, o por desconocimiento de los precedentes jurisprudenciales previamente desarrollados por los jueces competentes frente a la materia en discusión, como se verificó en el presente caso." [1]

De ahí que haya lugar a su imposición, ya que no hay razón para exonerar de su pago, en tanto que existe retardo en el pago de la prestación económica a favor de la actora. Ahora bien, el hito a partir del cual comienzan a correr los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en tratándose de pensión de sobreviviente como la que aquí se debate, es lo regulado en el artículo 1° de la Ley 717 de 2001, preceptiva que establece que las entidades de seguridad social que tienen a cargo el reconocimiento y pago de la citada pensión, tendrán un plazo máximo de **2 meses** para resolver la solicitud, contados desde la fecha de presentación de aquella.

Con todo lo que se ha dicho, tenemos que la reclamación se realizó el 6 de septiembre del 2016 (folios 68) y la prestación económica se resolvió el 3 de enero del 2017 (folios 66 y 67), tal como lo aducen las partes. No obstante, como quiera que al haberse establecido que la señora Aura Rosa Marín de Ariza, debió entrar a disfrutar de la pensión de sobrevivientes a partir del día 29 de agosto del 2016, por manera que causándose un retroactivo pensional a su favor, en consecuencia, se condenará al pago de los intereses moratorios.

Causación de dichos intereses moratorios que empezaron a correr a partir del 6 de noviembre del 2016, pues al haberse solicitado el reconocimiento pensional el 6 de septiembre del mismo año, Seguros Bolívar contaba con un plazo máximo legal para el pago de las correspondientes mesadas pensionales, por manera que el lapso de mora que habrá de corresponder hasta el pago efectivo del retroactivo causado.

Prescripción

Debe dejarse claro que el causante falleció el 29 de agosto del 2016, la solicitud pensional se realizó el 6 de septiembre del 2016, misma que fue resuelta mediante comunicado del el 3 de enero del 2017 y la demanda se interpuso el 30 de noviembre del 2017 (fl. 37), por lo que se evidencia que entre una fecha y la otra no transcurrió más del término trienal establecido en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del CST, por lo que no operó el fenómeno prescriptivo de los derechos reclamados con la demanda.

Por lo expuesto habrá de modificarse la condenó, para en su lugar condenar a la encartada al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sin que sea dable acceder a la indexación, pues, estas son incompatibles.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

[1] SL843-2021, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 16 de junio del 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada Compañía de Seguros Bolívar S.A. a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del inició el 6 de noviembre del 2016 hasta el pago efectivo del retroactivo causado.

SEGUNDO: MANTENER incólume lo demás, a excepción del pago de la indexación, pues es clara la incompatibilidad con los intereses moratorios aquí condenados.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada en los términos del numeral 4° del art. 366 del CGP. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***FLOR ALBA CHACÓN MORA***
DEMANDADO:	***GLORIA CANO DE TEZNA***
RADICACIÓN:	***30-2019-00159-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA***
TEMA:	***SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS***

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"* , se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Flor Alba Chacón Mora instauró demanda ordinaria contra Gloria Cano de Tezna, con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido, cuyo salario básico mensual devengado al momento del retiro ascendió a la suma de $864.000. Como consecuencia solicitó se dispusiera a su favor el pago del auxilio de cesantía y su interés, sanción por falta de consignación de las mismas, en los términos previstos por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó al servicio de la demandada el día 11 de agosto del 2012, bajo la modalidad de contrato de trabajo verbal a término indefinido, el cual, finiquitó el 22 de marzo del 2018 por retiró voluntario de la trabajadora. Indicó, que el cargo desempeñado durante toda la relación laboral lo fue como oficios varios, devengando un salario de $864.000.

Agregó que nunca fue afiliada a un fondo de pensiones, ni le fue pagado el auxilio de transporte, además, su empleadora adeuda las prestaciones sociales de todo el tiempo de la duración del contrato de trabajo, por lo que tiene derecho a su pago, al igual, a la sanción e indemnización moratoria. (fls. 4 a 8).

2. Contestación de Gloria Cano De Tezna. Al contestar la demanda se opuso a la totalidad de pretensiones, argumentando que existieron múltiples relaciones laborales, siendo esta última desde el 4 de noviembre del 2015 al 21 de marzo del 2018, cuyo salario correspondió al mínimo legal mensual vigente. Agregó que canceló todas las acreencias laborales por medio del depósito judicial número A6735682 del Banco Agrario de Colombia, mismo que se encuentra a disposición de

la demandante en el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laboral de esta ciudad desde el 22 de agosto del 2018.

En lo atinente a los supuestos fácticos indicó que existieron dos contratos laborales con solución de continuidad, el primero de ellos celebrado verbalmente entre las partes a partir del 3 de marzo del 2012 que finalizó el 13 de julio del 2012; el segundo desde el 4 de noviembre del 2014 hasta el 21 de marzo del 2018, frente a los cuales devengó el salario mínimo legal mensual vigente, el cual, fue cancelado en forma proporcional de acuerdo con los días trabajados.

Sostuvo que, tras la renuencia de la demandante para reunirse y proceder a la cancelación de la respectiva liquidación, procedió a realizar el pago de la liquidación correspondiente por medio de depósito judicial y que está a disposición en el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laboral desde el 22 de agosto del 2018, mismo que fue comunicado a la dirección de residencia que fue reportada por la trabajadora demandante. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe, prescripción y genérica. (fol. 23 a 37)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de febrero del 2020, en la que el fallador declaró que entre las partes existieron dos contratos de trabajo a término indefinido con solución de continuidad, el primero del 3 de marzo al 13 de julio del 2012 y el segundo del 4 de noviembre del 2014 al 21 de marzo del 2018, el cual, fue terminado por la trabajadora; desempeñando labores de servicio doméstico, por días, con una asignación mensual de un salario mínimo legal vigente. Así mismo, condenó a la encartada a pagar la sanción moratoria por la no consignación de cesantías y costas del proceso.

Para arribar a dicha decisiva señaló que debía establecerse si entre las partes existió uno o dos contratos de trabajo y los extremos laborales, para así establecer la procedencia de las acreencias laborales reclamadas. En ese sentido, luego de referirse al artículo 23 del CST adujó que la parte demandada aceptó la relación laboral con la señora Chacón Mora, por lo que entraría a determinar sus extremos en tanto que la parte actora indicó que se trataba de una única relación y, por el contrario, la encartada señala la existencia de dos vínculos laborales. Así las cosas, encontró de las pruebas arrimadas al proceso que la demandante fue contratada para laboral por días en un horario establecido por las partes, sin embargo, no probó que dicho nexo haya sido de forma ininterrumpida, razón por la que aceptó la confesión que realizó el extremo pasivo, es decir, la existencia de ambos nexos contractuales.

En lo atinente a las prestaciones laborales reclamadas aludió a que se encontraba demostrado por la pasiva el pago de estas, por lo que no habría lugar a su pago. Sin embargo, hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y lineamiento jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral del CSJ, para significar que la demandada no consignó a un fondo las cesantías y, por ende, tampoco observó un acto de buena fe que la pueda exonerar, en ese sentido, mencionó que incurrió en omisión que la hace acreedora de la sanción, pero únicamente en relación con el segundo contrato, en tanto que el primero quedó afectado por la prescripción. (CD fol. 99)

4. Impugnación y límites del ad quem. La **demandada** formuló recurso de apelación diciendo que la cesantía es una prestación legal que está dada como un auxilio para aquellos trabajadores cesantes. En tal medida, arguyó que dicha obligación cesa cuando se finaliza el contrato de trabajo laboral y, por tanto, su deber nacía al momento de finiquitar el nexo contractual, es decir, que no era su obligación consignar la cesantía al fondo, sino, pagarla al momento de liquidación de las prestaciones sociales, lo cual, realizó mediante depósito judicial. Por otro lado, adujó que el monto allí tasado se encuentra exagerado, teniendo en cuenta las prestaciones que realmente merecía la trabajadora. (CD fol. 99)

5. Alegatos de conclusión.

5.3. Parte demandante. En su escrito señaló que la demandada al ser interrogado aceptó de manera expresa que durante la vigencia del contrato laboral no efectúo la consignación de las cesantías ni sus intereses a la demandante, por lo tanto, existiendo plena prueba de no haber dado la encartada estricto cumplimiento a lo que ordena la Ley, esta incursa en la sanción del que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

5.2. Parte demandada. Refirió que dentro del proceso logró desestimar las pretensiones de la parte demandante, por cuanto se probó la buena fe en su actuar, así como también la existencia de un contrato de trabajo, el cual tuvo lugar a partir del 4 de noviembre del 2014 hasta el 21 de marzo del año 2018 y que el mismo fue debidamente liquidado tras realizar el pago de la liquidación correspondiente por medio de depósito judicial, trámite que por reparto le correspondió al Juzgado Seis (06) Municipal de Pequeñas Causas Laborales, de Bogotá D.C.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Se equivocó la Juez de primer grado al condenar la sanción moratoria por la no consignación de cesantías, en tanto que el demandante aduce que estas se cancelaron después de finalizada la relación laboral que las ató?

Relación laboral, sus extremos, modalidad y duración

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral a través de dos contratos de trabajo a término indefinido vigentes entre el 3 de marzo al 13 de julio del 2012 y 4 de noviembre del 2014 al 21 de marzo del 2018; tampoco que la labor desempeñada fuera la de trabajadora doméstica y el salario devengado el correspondiente al mínimo legal mensual vigente. No se discute igualmente que a la finalización del nexo contractual se le adeudan prestaciones sociales y compensación de vacaciones. Inferencias que sin duda no fueron recurridas por las partes.

Sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo

Sentado lo anterior y en lo atinente a la sanción moratoria por falta de depósito del auxilio de cesantía, aduce el recurrente que el auxilio debe ser liquidado al finalizar la terminación del contrato de trabajo y no consignándolo al fondo, pues, este debe ser pagado directamente a la trabajadora, en tanto, que tiene como fin principal dar un auxilio cuando la persona finiquita su relación laboral. Además, alega que el monto condenado es excesivo teniendo en cuenta el valor de sus prestaciones sociales.

Visto lo anterior, la Sala de entrada advierte desatinada la interpretación que se hace de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues, de su simple lectura se extrae que el razonamiento que hace la censura no está previsto en tal preceptiva. En ese sentido la aducida regla establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo.

Es decir, que la aludida sanción se causa por no haber consignado la parte demandada las cesantías causadas en vigencia de la relación en un fondo creado para tal fin y a más tardar el 14 de febrero del año siguiente al que se causaron, lo cual, es precisamente lo que refiere la disposición, en razón a que:

> *"El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo."*

Significa lo anterior, que su causación depende directamente de las cesantías que se hayan causado en vigencia de la relación laboral y que deban ser liquidadas con límite temporal al 31 de diciembre, que para el caso en concreto son las causadas entre el 4 de noviembre al 31 de diciembre del 2014, 1 enero al 31 de diciembre del 2015, 1 de enero al 31 de diciembre del 2016, 1 de enero al 31 de diciembre de 2017, las cuales deberían ser consignadas a más tardar el 14 de febrero del año siguiente, ya que a partir del 15 de febrero de cada año iniciaba a contabilizar la moratoria. (Sin tener en cuenta la prescripción que sobre algunas afectó y que no es materia de discusión por las partes)

De modo que las causadas entre el 1 de enero del 2018 al 21 de marzo del mismo año, si debían ser entregadas directamente a la trabajadora como consecuencia de la finalización de la relación laboral, dado que, si tal situación no acontece, no corre la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sino, se impone la indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST, aclarando que esta tampoco es objeto de estudio por la Sala.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente el alcance equivocado que la parte demandada le dio a la norma en comento, además, por cuanto lo señalado por tal disposición, ya ha sido objeto de estudio por la Sala de Casación Laboral del CSJ. A propósito, en sentencia SL417-2021, M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez se precisó al respecto:

> *"En efecto, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 contempla la sanción moratoria por no consignación de cesantías, consistente en un (1) día de*

salario por cada día de retardo cuando el empleador incumple el plazo legal para la consignación de este concepto en el fondo de cesantías seleccionado por el trabajador, esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al que se causa el auxilio. Asimismo, dicha disposición señala en el numeral 4.º que si a la terminación del contrato existieren saldos de cesantías a favor del trabajador que no hayan sido entregados al fondo respectivo, el empleador los pagará directamente con los intereses legales respectivos (…).

En este punto es oportuno señalar que dichas indemnizaciones no son concurrentes, puesto que no fue la intención del legislador imponer una doble sanción ante el incumplimiento de una misma acreencia laboral, de modo que lo pertinente es entender que la indemnización por no pago oportuno de cesantías corre hasta la finalización del contrato de trabajo y, de persistir esa deuda, a partir de ese momento comienza a generarse la moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En otros términos, la indemnización por no consignación de cesantías tiene su fundamento en el incumplimiento del empleador de no pagar tal derecho laboral en el término legal y solo puede generarse durante la vigencia del contrato de trabajo y cesa en el momento en que este termina. Desde este momento, la legislación permite que se genere la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el empleador mantiene deudas por salarios y prestaciones con el trabajador, como lo es el auxilio a la cesantía, y siempre que aquel no haya tenido un actuar revestido de buena fe."

De allí que no se observe ningún yerro en la decisión que tomó el a quo al condenar la citada sanción, además, contrario a lo dicho por la encartada, su monto no está condicionado si la demandante causó o no sumas irritas en vigencia o a la finalización de la relación laboral, pues, lo determinante aquí era demostrar para su exoneración la acreditación de actos contentivos de buena fe, situación que brilla por su ausencia, como quiera que no se adosó ningún medio de convicción al informativo que diera lugar a la inexistencia de mala fe por la no consignación de las cesantías causadas en vigencia de la relación y en la forma en que lo señalo el A quo.

Lo anterior, lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisoria del Juez primigenio, pues como se evidencia no incurrió en ningún desatino. Costas en esta instancia judicial a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de febrero del 2020, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de $878.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***EDUARDO ECHEVERRY GUZMÁN***
DEMANDADO:	***AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.***
RADICACIÓN:	***29-2017-00227-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PARTES***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Eduardo Echeverry Guzmán, actuando en causa propia, instauró demanda ordinaria contra Axa Colpatria Seguros de Vida S.A., con el propósito de que se declare que la señora Claudia Maritza Zea Prada falleció el día 5 de mayo del 2001 estando afiliada a la ARL; que al momento del óbito la sociedad conyugal habida con motivo del matrimonio entre los cónyuges se encontraba vigente, no había sido disuelta con anterioridad, ni se encontraba liquidada, tampoco existía separación patrimonial de bienes y divorciado o en suma se habían cesado los efectos civiles del matrimonio católico.

Como consecuencia de lo anterior y teniendo en cuenta que la encartada reconoció proporcionalmente los derechos como sobrevivientes a los señores hijos Juan Felipe Echeverry Zea y Manuel Alejandro Echeverry Zea, excluyendo sin justificación ni fundamento alguno al cónyuge supérstite, deberá reconocer y pagar al demandante, el importe de los valores y sumas de dinero que se le adeudan en la proporción que legalmente le corresponde por concepto de pensión de sobrevivientes desde el 5 de mayo del 2001, junto con la indexación y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que con fecha julio 19 de 1979 contrajo matrimonio católico con la señora Claudia Maritza Zea Prada, la cual, falleció el 5 de mayo del 2001 y se encontraba afiliada a la AFP Colpatria y ARL Axa Colpatria. Indicó que habían convivido durante más de 15 años, bajo el mismo techo en la ciudad de Cali, es decir, desde el momento del matrimonio; que durante la unión conyugal de los esposos procrearon los hijos Juan Felipe Echeverry Zea y Manuel Alejandro Echeverry Zea, mayores de 30 años en la actualidad. Agregó que la sociedad conyugal habida con motivo del matrimonio no fue disuelta con anterioridad a la fecha del fallecimiento, tampoco se encontraba liquidada, no existió

separación judicial ni notarial de cuerpos y de bienes, menos habían cesado los efectos civiles del matrimonio católico de los conyugues, ni se encontraban divorciados.

Significó en razón al estado de tristeza que le agobiada por la repentina muerte de su esposa en accidente de tránsito en la vía Cali-Popayán y por la profunda depresión de que fue objeto durante largos años, se desentendió de la reclamación y se radicó en Bogotá, de manera que sus hijos quedaron viviendo con sus abuelos maternos en la ciudad Cali donde aún residen actualmente. Sin embargo, adujó que jamás fue citado por la encartada respecto a sus derechos como cónyuge sobreviviente y desconoce la resolución o comunicación que se haya dictado para reconocer los derechos a sus hijos, excluyéndolo arbitraria, ilegal e injustamente de su prestación económica. (fols. 32 a 46).

2. Contestación de la demanda. Se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda. Frente a los supuestos fácticos señaló que el actor no tiene vocación y legitimación en la causa para reclamar la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de la señora Claudia Maritza Zea Prada. Propuso como excepciones de fondo las que denominó el demandante no es beneficiario de la pensión, no ha acreditado el requisito de convivencia exigido para la pensión de sobrevivientes, prescripción del derecho a las mesadas pensionales anteriores a 3 años y genérica. (fols. 71 a 81).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de agosto del 2020, en el que la falladora de primera instancia condenó a la encartada a reconocer y pagar al demandante la pensión de sobreviviente a partir del 25 de julio del 2013, por trece mesadas al año, misma que debe ser incrementada de conformidad con los aumentos de ley; fijó las costas a cargo de la demandada.

Para arribar a tal decisiva señaló que la controversia gira en torno a establecer si el demandante cumple los requisitos legales, para sea tenido como beneficiario y se le reconozca la pensión de sobrevivientes en su calidad de cónyuge supérstite. En ese sentido adujó que el fallecimiento de la causante aconteció el 5 de mayo del 2001, por lo que debía tenerse en cuenta el artículo 47 primigenio de la Ley 100 de 1993, norma vigente y que exige convivencia de dos años con anterioridad al fallecimiento, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado.

Así las cosas, manifestó que se demostró con los registros civiles de nacimiento que efectivamente la pareja se procrearon dos hijos, el primero de ellos Juan Felipe, que nació el 5 de octubre de 1980 y el segundo, Manuel Alejandro, quien nació el 5 de julio del año 1986.

Agregó que, analizada la prueba testimonial, las declaraciones extrajuicio y la confesión que realizó el demandante en los alegatos de conclusión que este no convivió al momento de la muerte con la causante, en tanto que se había separado muchos años antes y no tenía ningún tipo de cercanía, tampoco con sus hijos menores para aquella fecha, de modo que no se daba esos supuestos de ayuda mutua, sin embargo, indicó dicho requisito se encontraba suplido en razón a la procreación de los hijos, por lo que reconoció la pensión al aquí actor. (Cd. folio 212).

4. Impugnación y límites del ad quem. **Apelación demandada.** En sustento de su recurso señaló que la jurisprudencia de la Corte Constitucional a dicho que la finalidad de la pensión de sobrevivientes es que los familiares del pensionado puedan continuar recibiendo los beneficios asistenciales y económicos que aquel le proporcionaba, para que en su ausencia no le sean disminuidos las condiciones de vida. En ese sentido, adujó que el actor no proporcionaba alimentos, ninguna ayuda económica mutua a su esposa, sino, por el contrario, inició una vida muy aparte de su familia.

Adujó que sus hijos y cónyuge estaban viviendo en la casa de sus padres maternos, por lo que la figura paterna era el hermano de la pensionada fallecida. Además, por cuanto el actor ya venía disfrutando de una pensión de vejez, por lo que no era cierto que recibiera asistencia económica del *cujus*. Por otro lado, significó que el promotor del proceso no reclamó la prestación que pretende al momento mismo del fallecimiento y lo hace 15 años después. (Cd. folio 212).

5. Alegatos parte demandada. En su escrito refirió que el accionante no cumplió con ninguno de los requisitos legales para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, ya que no tuvo un verdadero compromiso real, efectivo y con vocación de permanencia con su cónyuge, y en esa medida, no prestó socorro, ayuda mutua, tolerancia y respeto a la personalidad del cónyuge, requisito indispensable para acceder a la pensión de sobreviviente. Manifestó que la norma aplicable en los asuntos en los que se discute el acceso a la pensión de sobreviviente no debe ser aquella vigente al momento de la muerte del causante, sino más bien aquella vigente al momento en que el familiar supérstite reclama el derecho pensional respecto del cual manifiesta ser titular, esto es 25 de abril de 2016.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer:

- ✓ ¿Se equivocó la Juez de primer grado al reconocer la pensión de sobrevivientes al actor, sin que este previamente haya acreditado el requisito de convivencia dentro de los dos últimos años anteriores al fallecimiento de la causante, en tanto que se encontraba exonerado de su demostración por la procreación de sus hijos?

Fallecimiento

Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento de la señora Claudia Maritza Zea, se encuentra acreditado con el registro de defunción que milita a folio 11, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 5 de mayo del 2001.

Normatividad aplicable

Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado o afiliado, que para este caso no es otra que el artículo 11 de la Ley 776 de 2002, misma que establece que "*Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario*"

Lo anterior, significa que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, es la norma que gobierna el asunto puesto a consideración de esta Sala, dado que el óbito se produjo el 5 de mayo del 2001.

Calidad de afiliada y naturaleza del accidente de la cujus.

No se discute que el siniestro acontecido que le produjo la muerte a la señora Claudia Maritza Zea, fue una consecuencia directa de un accidente de trabajo. Lo anterior, además, por cuanto ello tiene soporte probatorio, pues al plenario se adoso certificación expedida el 6 de junio del 2013 por la ARL Colpatria, según la cual deja ver con claridad que los hijos de la causante se encuentran en nómina de pensionados, prestación económica "*a causa de un accidente de trabajo ocurrido a la señora Maritza Zea de la empresa Servicios y Asesorías"* (fol. 96)

Tampoco es motivo de controversia en esta instancia la calidad de afiliada que ostentaba la señora Claudia Maritza Zea (q.e.p.d) en el sistema de seguridad social en pensiones.

Beneficiarios de la pensión de sobreviviente

El numeral 1° del art. 46 de la Ley 100 de 1993, establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

Requisitos de la pensión de sobreviviente

El literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, establece que tendrá derecho a la pensión de sobreviviente en forma vitalicia el o la cónyuge o compañero (a) permanente supérstite. Y señala que en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del **pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta el fallecimiento y haber convivido no menos de 2 años con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido, dentro del término en mención como lo ha indicado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL1365-2020.

Sobre el requisito de convivencia mencionado, resulta oportuno traer a colación lo que al respecto ha indicado la CSJ Sala de Casación Laboral, Corporación que ante la nueva composición de la Sala modificó su criterio en la sentencia SL1730-2020 en la que señaló:

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

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado."

Por tanto, ante el anterior cambio de criterio de la CSJ y haciendo suyos esta Sala los pronunciamientos en la sentencia precitada, los Magistrados que conforman esta Sala de Decisión recogen su criterio para tener por sentado que ante la muerte de un afiliado al sistema los únicos requisitos exigibles para acceder a la pensión de sobreviviente de manera vitalicia es que la cónyuge o compañera permanente demuestren tal calidad a la fecha de la muerte, siendo preciso advertir que si bien en la sentencia citada se hace un análisis del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cual no se encontraba vigente a la fecha del fallecimiento del causante, lo cierto es que dicho criterio también resulta aplicable en tratándose de la Ley 100 de 1993 en su texto original, pues su artículo

47 también exige el requisito de convivencia de 2 años únicamente en relación con el fallecimiento de un pensionado, y no así respecto de un afiliado.

Derecho reclamado por el señor Eduardo Echeverry Guzmán

Sea lo primero indicar que, conforme a la interpretación normativa y jurisprudencial expuesta, no han de atenderse los argumentos expuestos por la a quo a fin de proceder a resolver la Litis, tampoco las reflexiones dadas por la censura, ya que la discusión sobre la existencia o no de convivencia con la causante no es el marco jurídico con base en el cual debe resolverse el presente asunto, menos aun si dicho requisito se suple con la procreación de hijos, pues, como se vio, los citados supuestos de hecho no están contemplados en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en tanto que aquí lo que se discute es la pensión de sobrevivientes de un afiliado, más no de un pensionado, precisión a partir de la cual se podrá advertir si, a la luz de la disposición vigente al asunto, el cónyuge hoy demandante cumple o no los presupuestos para obtener la pensión reclamada.

- Calidad de cónyuge supérstite y vida marital.

Como se anunció, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes el cónyuge supérstite debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual en efecto se encuentra demostrado en el caso analizado, en tanto el señor Eduardo Echeverry Guzmán contrajo **matrimonio** con la señora Claudia Maritza Zea el 19 de julio de 1979 (fol. 367), sin que aparezca anotación que describa modificaciones al estado registrado.

Sin embargo, el hecho de que haya acreditado la parte actora que mantuvo hasta el fallecimiento de la causante el vínculo matrimonial, en manera alguna puede entenderse que haya dado por probado el beneficio de la pensión que reclama, pues, siguiendo los derroteros expuestos en la sentencia SL1730-2020, no solo se requiere la demostración de la calidad de cónyuge sino también la *conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento del deceso*, aspectos este que brilla por su ausencia.

Ello, es así, porque al informativo ninguna prueba se allegó tendiente a demostrar que el actor estaba haciendo vida marital con la causante para el instante del deceso. Por el contrario, lo que se evidencia es que previo al fallecimiento la separación de estos era definitiva, al punto que perdieron la intención de seguir conformando un hogar con vocación de permanencia o de brindarse ayuda y socorro mutuo, pues así se desprende de la documental allegada al plenario por la demandada, precisamente en las declaraciones extra juicio a folios 61 a 68 y 70, en donde de forma coherente, precisa y concisa informaron la carencia de comunidad de vida, no solo con su esposa, sino con sus hijos, dado que ni siquiera estaba pendiente de su bienestar.

Así las cosas, al no acreditar el accionante la condición que invoca, para ser merecedor de la pensión de sobrevivientes que persigue, mal haría esta Sala en mantener la decisoria de la Juez de primer grado, cuando es evidente la inexistencia de un sentido de pertenencia hacia al grupo familiar y la voluntad de acompañamiento espiritual y apoyo económico. Decidir lo contrario, sería estar en contravía de la doctrina sentada por las altas Cortes, quienes enfáticamente han

señalado que el objetivo del legislador al estatuir la figura de la pensión de sobrevivientes, no es otro que amparar a aquellas personas que formaban parte de una comunidad de vida fundada en el amor, el respeto y la solidaridad y que en razón al deceso de uno de sus integrantes, se ven afectadas económica, emocional y espiritualmente al no contar con dicho apoyo a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte. Finalidad que en sub lite no se cumplió.

Bajo las anteriores reflexiones y como quiera que el aquí demandante no tiene derecho al reconocimiento pensional, se sigue revocar en su integridad la sentencia proferida en primer grado. Costas en ambas instancias a cargo del demandante.

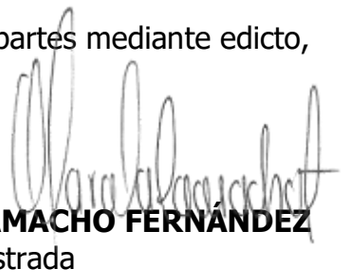
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 5 de agosto del 2020, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la convocada a juicio de todas las pretensiones de la demanda, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo del demandante en los términos del numeral 4° del art. 366 del CGP. Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-*Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-*

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JAIRO HUMBERTO RUBIANO FAJARDO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-09-2017-00772-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN CRISTALERIA PELDAR***
	CONSULTA EN FAVOR DE COLPENSIONES
TEMA:	***PENSIÓN ESPECIAL DE ALTO RIESGO – PELDAR***
	DECRETO 2090 DEL 2003

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jairo Humberto Rubiano Fajardo presentó demanda ordinaria en contra de Colpensiones con el fin de que se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 1281 de 1994. Como consecuencia, se declare que la normatividad que le es aplicable es el Acuerdo 049 de 1990. Que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagarle una pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo -exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas- a partir de la fecha en que cumplió los 45 años de edad, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 245 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 11 de noviembre de 1959, por lo que actualmente cuenta con 58 años de edad; que cotizó a COLPENSIONES un total de 2155 semanas; que de las semanas cotizadas 1972 fueron cotizadas ejerciendo actividades de alto riesgo bajo el empleador CRISTALERIA PELDAR; que con CRISTALERIA PELDAR cotizó del 1° de agosto de 1979 al 20 de junio del 2017; que a la fecha de entrada del sistema general de pensiones -1° de abril de 1994- contaba con 19 años de cotizaciones; que mientras laboró para CRISTALERIA PELDAR desempeñó el cargo de labores varias, selector varios, operador de máquinas decoración; labor durante la cual estuvo expuesto a SILICE CRISTALINA y a sustancias comprobadamente cancerígenas; que estuvo expuesto al asbesto; que la negativa de Colpensiones es porque el empleador no pagó la cotización especial para actividades de alto riesgo; que solicitó la pensión de vejez aquí reclamada ante Colpensiones sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 295), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el actor no cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990. Que su empleador certificó que no estuvo expuesto a altas temperaturas y que no tiene cotizaciones especiales, por lo que no tiene derecho a la pensión especial por actividades de alto riesgo. Propuso como excepción previa la de falta de integración del litisconsorte necesario con CRISTALERIA PELDAR. Y las de fondo de inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación. (fol. 302 y s.s.)

4. Integración del litisconsorte necesario. Mediante auto del 15 de marzo del 2019 la falladora de primera instancia ordenó integrar el litisconsorcio necesario con el empleador CRISTALERIA PELDAR S.A. (fol. 322)

5. Contestación de CRISTALERIA PELDAR. Dio respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, señalando que el actor no cumple con los requisitos y condiciones para obtener la pensión especial de vejez bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, pues no desarrolló ninguna actividad de alto riesgo mientras que laboró en dicha empresa. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, carencia de derecho, prescripción, cobro de lo no debido, compensación, buena fe y la genérica. (fol. 479 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de agosto del 2020, en la que la falladora de primera instancia condenó a CRISTALERIA PELDAR S.A. a cancelar a COLPENSIONES y en favor del actor la diferencia faltante del aporte que debía cancelar con ocasión de las actividades de alto riesgo desarrolladas por el sr. Rubiano Fajardo, junto con los intereses moratorios. Condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez por actividades de alto riesgo la cual se causó el 11 de noviembre del 2006 y se hizo efectiva a partir del 21 de junio del 2017, en cuantía inicial de $4'051.763 teniendo en cuenta 13 mesadas al año, la cual deberá ser reajustada anualmente. Se condena a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la suma de $177'233.079 por concepto del retroactivo causado del 21 de junio del 2017 al 31 de agosto del 2020 y a pagar las mesadas que se sigan causando. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (CD fol. 532)

Su decisión se basó en que con todo el material probatorio se logró demostrar que el actor estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas desde el año 1979 hasta el año 2010 en la CRISTALERIA PELDAR S.A.; por lo anterior, se imparte condena para que el empleador pague los puntos adicionales en la cotización a Colpensiones juntos con los correspondientes intereses moratorios.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión **Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que (i) no está probada la exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas; (ii) ninguno de los estudios se trata particularmente del actor; (iii) que los cargos desempeñados por el actor no fueron objeto de estudio; (iv) que del concepto técnico de higiene ocupacional para el caso particular del actor se evidencia que no hay riesgo cuando hay uso de los medios de protección; (v) que el despacho no tuvo en cuenta la anterior prueba; (vi) que no

se puede desestimar el testimonio de Julián Montañez y (vii) que el asbesto no es una materia prima de cristalería Peldar.

8. Alegatos Decreto 806 del 2020.

8.1. Alegatos CRISTALERÍA PELDAR S.A. Señaló que la obligación legal para los empleadores de realizar cotizaciones adicionales para pensión especial de vejez por la realización de actividades catalogadas como de alto riesgo para los trabajadores, surgió con la expedición de la Ley 100 de 1993 y concretamente con el Decreto 1281 de 1994 (23 de junio de 1994), de ahí que los supuestos establecidos en dichas normas no se dan en el caso particular del señor RUBIANO FAJARDO, ya que éste no prestó sus servicios a Cristalería Peldar S.A. con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, razón por la que no hay lugar al reconocimiento del derecho deprecado.

8.2. Alegatos Colpensiones. Indicó que como quedó demostrado en primera instancia y según la certificación emitida por CRISTALERIA PELDAR, el 08 de febrero de 2017 el señor RUBIANO FAJARDO JAIRO HUMBERTO NO desempeño actividades de alto riesgo durante su permanencia en la compañía.

8.3. Alegatos demandante. Afirma que el demandante inicio sus cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social Integral en Pensiones desde el 04 de octubre de 1.974, no obstante, con **CRISTALERIA PELDAR S.A.,** inició cotizaciones desde el 12 de junio de 1.979, vigente hasta el 20 de junio de 2.017, acreditando un total de 2.155 semanas, de las cuales 1.972 semanas fueron cotizadas ejerciendo actividades de alto riesgo, exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas. Que tal y como lo determino el fallador de primera instancia, es claro que el señor **JAIRO HUMBERTO RUBIANO FAJARDO,** ejerció sus actividades con exposición a alto riesgo, específicamente exposición constante a sustancias comprobadamente cancerígenas, desde el 12 de junio de 1.979 hasta el 20 de junio de 2.017, cuando ejecuto los cargos de LABORES VARIAS- SELECTOR VARIOS y OPERADOR MÁQUINAS DECORACIÓN.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la empresa demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente. Y se conocerá en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

El **problema jurídico principal** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿Al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por alto riesgo? Para cuya determinación se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Cuál es la normatividad aplicable? (ii) ¿Demuestra los requisitos para acceder a la pensión especial?, en caso afirmativo, (iii) ¿A partir de cuándo se debe reconocer la pensión?; (iv) ¿La acción para reclamar el derecho se encuentra afectada con el fenómeno de la prescripción?; (v) ¿A cuánto asciende el retroactivo adeudado? y (vi) ¿Se debe condenar al pago de intereses moratorios?

Relación laboral

No fue motivo de discusión, pues fue aceptado desde la contestación de la demanda, que el demandante ALFONSO COLMENARES TRIANA trabajó al servicio de Cristalería Peldar S.A. entre el **12 de junio de 1979 al 20 de junio del 2017** en la planta de Cogua- Cundinamarca, desempeñando los cargos de "labores varias", "selector varios" y "operador de máquinas de decoración", lo cual además se corrobora con la certificación expedida por el Gerente de Recursos Humanos de CRISTALERIA PELDAR S.A., visible a folio 341 y s.s.

Actividades de alto riesgo

El demandante al presentar su escrito de demanda manifiesta que laboró como trabajador de la CRISTALERIA PELDAR S.A. desempeñando los cargos de labores varias, selector varios y operador de máquinas de decoración, en los cuales estuvo expuesto a sustancias altamente cancerígenas.

Al respecto, debe reiterarse que la actividad con exposición a sustancias altamente cancerígenas está catalogada como una actividad de alto riesgo dentro de las enlistadas taxativamente en el Decreto 2090 del 2003.

Exposición a sustancias altamente cancerígenas

Dentro de las pruebas documentales allegadas para demostrar que el actor estuvo expuesto durante su relación laboral con CRISTALERIA PELDAR a sustancias altamente cancerígenas, se allegó lo siguiente:

(i) Certificación de la Coordinadora de Recursos Humanos de CRISTALERIA PELDAR S.A. del 28 de junio del 2017, en la que señaló que el actor prestó sus servicios así: (fol. 14 y s.s.)

- **<u>Labores varias del 12 de junio de 1979 al 5 de julio de 1984</u>**
  "Responsable por la ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o de tareas específicas de aseo, limpieza, movimiento de materiales. Como su nombre lo indica, ejecuta labores varias que deben realizarse en cualquiera de las dependencias de la planta; es un colaborador y ayudante de otras personas en toda clase de trabajos que le sean asignados.
  Con que lo realizó: Con las manos, escobas, traperos, papel, movimiento de cajas, etc.
  Sitio donde se realizaba la labor: En el área de decoración de envases
  Materiales y máquinas en ese lugar: Bandas transportadoras de envases, envases de vidrio, cajas de cartón, estibas de madera, máquinas strutz de decoración, pinturas para decoración, etc."

- **<u>Selector varios del 6 de julio de 1984 al 5 de mayo de 1988</u>**
  "Responsable por la correcta selección y empaque de producción, de tal manera que garantice que la producción empacada reúna las características de calidad, tolerancias y especificaciones requeridas por el cliente, lo cual implica armar cajas con avisperos, revisar y seleccionar la producción, calibrar y desechar la imperfecta, empacar la que llene los requisitos exigidos, pegar las cajas, tiquetearlas, colocarlas en conveyor o arrumarlas.
  Con que lo realizó: visual y manualmente, para luego empacar la producción.

Sitio donde se realizó la labor: En el área de decoración de envases.
Materiales y Máquinas en ese lugar: Envases de vidrio, archas, empaques que se hacían en cajas de cartón o con avisperos, estibas de madera."

- **Operador de Máquinas del 6 de mayo de 1988 al 20 de junio del 2017**
"Responsable por la correcta operación de máquinas decoradoras, por la ejecución y control de las labores o tareas necesarias en el proceso de decorado de productos tales como colocación de pantallas, suministro de pintura, operación de la máquina, corrección de defectos, etc.
Conque lo realiza: Con las manos, empleando unos recipientes para colocar pelets y fundir la pintura para posterior decoración de los envases en la máquina.
Sitio donde se realiza la labor: En el área de Decoración de envases.
Materiales y Máquinas en ese lugar: Envases de vidrio, archas, empaques que se hacían en cajas de cartón o con avisperos, estibas de madera. Máquinas strutz de decoración."

(ii) Certificación de la Administradora de Riesgos Laborales de la Compañía Seguros Liberty Seguros de Vida S.A. del día 18 de enero del 2017, en la que asevera que: (fol. 34)

"Que el señor JAIRO HUMBERTO RUBIANO FAJARDO, identificado con cédula de ciudadanía 11.338.303, se encuentra afiliado al Sistema General de Riesgos Laborales con esta administradora, desde el 1 de mayo de 2015, bajo el contrato de afiliación número 728431 a nombre del empleador CRISTALERIA PELDAR S.A. NIT 890,900,118-1 el cual, a la fecha de la presente comunicación, se encuentra al día en el pago de aportes por el mencionado señor."

(iii) Estudio realizado por el Instituto de Seguros Sociales en el año 1988 denominado "ESTUDIO AMBIENTAL DE POLVO" (fls. 47 y s.s.) en el que se concluyó que en todas las secciones de la planta existen sustancias en el aire (arena, feldespato, caliza, soda, barita, dolomita y demás materias primas) que superan los límites permitidos, a los que todos los trabajadores pueden exponerse día tras día.

(iv) Estudio realizado por el grupo Férguson en Zipaquirá en la planta Cogua donde laboraba el demandante en septiembre de 1991 a abril de 1992, en el que se señaló que la materia prima principal para la elaboración del vidrio es la arena sílice, además de la caliza, selenio, dolomita, azufre, berilio, pirita, asbesto, arcilla, sulfato, magnesita, ácido sulfúrico, amoniaco, hidróxido de sodio, cloruro de estaño, sulfato de cobro, benceno, plomo, cadmio, tolueno, circonio, nitrato de plata, entre otros muchos materiales; allí se señaló que casi sin excepción todas las sustancias utilizadas causan alteración en el organismo humano bien sea temporales o permanentes; se determinó que el aparato del cuerpo más lesionado con estos materiales es el respiratorio, seguido del digestivo y el osteomuscular y se determinó la exposición de manera directa de ciertos empleados y de manera indirecta de otros que no trabajaban directamente expuestos a las sustancias comprobadamente cancerígenas, circunstancia que potencialmente podría afectar su salud. (fol. 35 y s.s.)

(v) Estudio realizado en el año 1994 por el Instituto de Higiene ambiente y salud Ltda en la Cristalería Peldar S.A. que concluyó que los polvos generados en los procesos y operaciones de la Planta Peldar presentan concentraciones de Silice libre lo cual es considerado como de alto riesgo higiénico sanitario y que en todas las muestras analizadas el valor hallado para Polvos Totales y fracción respirable supera el máximo permisible. (fol. 67 y s.s.)

(vi) La ARP SURATEP realizó un estudio ambiental de la planta de Zipaquirá de Peldar S.A. en el año 1996 (fls. 97 y s.s.) el cual arrojó como resultado en el área de materias primas que las concentraciones determinadas en el área varían mucho dependiendo, entre otros aspectos, de las condiciones climáticas, de la cantidad y el tipo de materia prima que se reciba y de los métodos de trabajo individuales, por lo que se puede analizar en algunos oficios lo siguiente: "*OPERARIO LABORES VARIAS: Este es uno de los oficios en los cuales el trabajador se encuentra más expuesto a material particulado y uno en los que se detectó que el trabajador menos utiliza equipos de protección. Durante el desarrollo de esta labor, el trabajador se encuentra expuesto a diferentes materiales, por lo que se optó por evaluarle en esta fase de la asesoría por parte de SURATEP material particulado total.".* En este estudio se concluyó que, en el área de materias primas durante el funcionamiento normal de las diferentes secciones, se superan los límites permisibles recomendados en nuestro país, lo que representa un riesgo aparente para la salud del personal expuesto.

(vii) Formulario de dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez de un extrabajador de la demandada JOSE MIGUEL QUIROGA LARROTA quien durante 23 años desempeñó el cargo de oficios varios y área de decoración de envases y en el que se concluyó *"…de acuerdo con la información remitida, que el factor de riesgo causal de Mesotelioma Maligno, es por el asbesto que estuvo presente y está presente en el ambiente laboral de la fábrica de vidrios Peldar, sustancia para la cual no existe medidas de control ambiental o de exposición personal, ni tampoco existe información general de la presencia de este elemento…Esta sala considera que la enfermedad padecida por el fallecido José Miguel Quiroga Larrota es de carácter profesional" (fol. 145 y s.s.) y a la misma conclusión se llegó respecto del trabajador Jorge Enrique González Romero. (fol. 156 y s.s.)*

(viii) Estudio de la Organización Mundial de la Salud – Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer – Monografías IARC sobre la evaluación de los riesgos carcinogénicos para los humanos en que se concluyó *"Al realizar la evaluación total, el Grupo de Trabajo observó que la carcinogenicidad en los humanos no se detectó en todas las circunstancias industriales estudiadas. La carcinogenicidad puede depender de las características inherentes de la silice cristalina o de factores externos que afectan su actividad o la distribución de sus polimorfos biológica. La silice cristobalita inhalada en forma de cuarzo o cristobalita de fuentes ocupacionales es carcinógeno para los seres humanos. La silice amorfa no es clasificable en cuanto a carcinogenicidad para los humanos."*

(ix) Informe técnico N° OPSC 1072 del 23 de septiembre del 2011 Permiso Emisiones Atmosféricas Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR realizado en la Planta de Cogüa en el cual se les hacen unos requerimientos previo a otorgar el permiso, ya que no se cumplen todos los requisitos de la ley, en atención a que las calderas y hornos de fundición no cuentan con sistemas de control de emisiones. (fol. 190 y s.s.)

(x) Concepto técnico en Higiene ocupacional para Jairo Humberto Rubiano Fajardo (demandante) en la que se establece el resumen de conformidad por agente químico Peldar de 1984 al 2015

AGENTE	N° MUESTRAS	PROMEDIO DE CONCENTRACIONES	INDICE DE EXPOSICIÓN MEDIO	INTERPRETACION	INDICE DE EXPOSICION MEDIO CON EPP	INTERPRETRACION CON EPP	INTERPRETACION DE RIESGO	INTERPRETACION DE RIESGO CON EPP
Silice cristalina	6	0.066	3.37	Alto	0.34	Bajo	Riesgo	No riesgo

Acido sulfuric o	4	1.1925	5.96	Alto	0.60	Bajo	Riesgo	No Riesgo

(xi) Informe de Espirometrías del Centro para los Trabajadores de junio del 2001 en la que se concluyó que el 90% de la población no presenta alteración en el examen de espirometría y en donde se les recomienda realizar el inventario general de riesgos de la empresa, para complementarlo con la inspección directa de los sitios de trabajo, a través de la cual se verifica la presencia de condiciones riesgosas. Y se recomienda remitir a neumología algunos trabajadores que no les salió bien el examen de espirometría. (fol. 253 y s.s.)

(xii) Manual de Agentes Carcinógenos del Ministerio de la protección Social en el que se anexa la siguiente tabla:

Agente carcinógeno	Monografía IARC	Grupo IARC	Cáncer asociado	Inclusión por sitio anatómico del cáncer	Inclusión por exposición ocupacional en Colombia	Observaciones sobre la exposición para su inclusión o exclusión	Naturaleza	Código manual
Manufactura de vidrio	Vol. 58, 1994	2ª	Si	Circunstancial	Sí	Exposición a silice, cristalina, asbesto, cromo VI, cadmio, coballo y plomo	Circunstancia de exposición	C%

(xiii) Monografía de la IARC sobre la evaluación de los riesgos cancerígenos en humanos OMS señalando:

> *"Evaluación*
> *Existe evidencia limitada de que las exposiciones laborales en la fabricación de vidrio artístico, recipientes de vidrio y artículos prensados sean carcinogénicas. Existe evidencia inadecuada de que las exposiciones laborales en la fabricación de vidrio plano y vidrio especial sean carcinogénicas.*
>
> *Evaluaciones generales*
> *La fabricación del vidrio artístico, los recipientes de vidrio y los artículos prensados conlleva exposiciones que probablemente son carcinogénicas para los humanos".*

De los informes a que se ha hecho referencia, los cuales no fueron objeto de tacha de falsedad, ni desconocidos por ninguna de las partes, queda al descubierto que no sólo la salud de los trabajadores que estaban directamente expuestos a las citadas sustancias se encontraba en riesgo, sino que aún la de los trabajadores que no tenían contacto directo con ellos podían estar en peligro, lo cual dista de las manifestaciones efectuadas por el apelante.

Así las cosas, por sus funciones de oficios varios, más tarde de selector varios y operador de máquinas de decoración todas desarrolladas en el área de decoración de envases, es claro que el demandante estaba dentro de los trabajadores con contacto directo con las materias primas peligrosas, tales como el asbesto y el sílice, lo cuales cuentan con altos niveles de toxicidad, los cuales, como lo determinaron los estudios, se encontraban presentes en el ambiente de dicha empresa, suspendidos en el aire, ubicándose en el organismo de todos los trabajadores, incluyendo al actor, quien los aspiró durante los más de 36 años que estuvo vinculado a la empresa, por lo que se concluye que sí estuvo expuesto a sustancias cancerígenas, tal y como lo indicó el A quo.

Ahora, no le asiste razón al apoderado de la pasiva al señalar que el Juez no tuvo en cuenta el estudio que se le hizo al accionante, pues lo cierto es que, el a quo si consideró dicho documento aduciendo que no resultaba suficiente para proferir absolución, decisión que encuentra acertada esta Sala, pues en dicho estudio se observa que el actor estaba expuesto a sustancias como la silice la cual es comprobadamente cancerígena y aunque se indica que el uso de todos los elementos de protección eliminan el riesgo al que está sometido el trabajador, resulta claro que la convocada a juicio no probó cuáles eran dichos elementos, tampoco demuestra haberlos brindado al actor ni demuestra que los hubiera utilizado de manera permanente durante toda su jornada laboral y en el tiempo de permanencia en la planta.

En consecuencia, se declara que el actor durante su relación laboral con CRISTALERIA PELDAR estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas, por lo que su actividad es catalogada como de alto riesgo.

Normatividad aplicable

La normatividad que rige la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo es la vigente al momento de cumplir los requisitos de tiempo y edad. (criterio expuesto por la CSJ en la sentencia SL 12301-2016).

En el presente caso, no se discutió que la normatividad que rige actualmente es el **Decreto 2090 del 2003** *"Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades".*

La anterior normatividad, consagra un **régimen de transición** contenido en el artículo 6° del Decreto 2090 del 2003 declarado exequible por la sentencia C 922 del 2007, para quienes a la fecha de entrada en vigencia de dicho Decreto, esto es, el 26 de julio del 2003, hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial y, además, cumpliera los requisitos del art. 36 de la Ley 100 de 1993, que no son otros que, haber cumplido para el 1° de abril de 1994, 40 años de edad por ser hombre o 15 años de cotización.

a) semanas especiales de cotización

El actor cuenta con este requisito, pues para el 26 de julio del 2003 contaba con 1240.71 semanas especiales.

b) requisitos art. 36 de la Ley 100 de 1993

Se encuentran satisfechos por parte del actor, pues si bien al 1° de abril de 1994 únicamente contaba con 34 años de edad, como quiera que nació el 11 de noviembre de 1959, como da cuenta la fotocopia de su cédula, visible a folio 4, lo cierto es que tenía cotizadas 965.89 semanas lo que equivale a 18 años, 9 meses y 11 días, conforme aparece en la historia laboral allegada a folio 307 y s.s.

Por tanto, debemos remitirnos al **Decreto 1281 de 1994** , cuyo artículo 8° consagra también un **régimen de transición**, señalando que la edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto

de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia dicho decreto tengan35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Ahora, para el 23 de junio de 1994 fecha en que entró en vigencia el Decreto 1281 de 1994 el actor contaba con más de 15 años de servicios conforme aparece en su historia laboral; razón por la cual la pensión especial de vejez del actor debe ser estudiada al amparo del **Acuerdo 049 de 1990**, como acertadamente lo entendió el fallador de primera instancia.

Pensión especial por actividades de alto riesgo -Acuerdo 049 de 1990-

La Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T 315 del 2015 señaló que la pensión especial de vejez para actividades de alto riesgo fue diseñada para amparar el riesgo de vejez que corren los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida que ejercen permanentemente una labor que, por la peligrosidad que le es inherente e independientemente de las condiciones en las que se ejecute, les ocasiona un desgaste orgánico prematuro, reduciendo su expectativa de vida saludable u obligándolos a retirarse de las funciones laborales que desempeñan.

En cuanto al ámbito de aplicación del Acuerdo 049 de 1990, en su artículo 15 se señala que se aplica a todos los trabajadores que laboren en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo, como lo son los **trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.**

En el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990 además se estableció que la edad para acceder a la pensión de vejez de los trabajadores que operen sustancias altamente cancerígenas se disminuirá en 1 año por cada 50 semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras 750 semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad; siendo claro que el beneficio otorgado a este tipo de trabajadores es la disminución de la edad para pensionarse, pero que para acceder a la pensión especial de alto riesgo deben cumplir con los requisitos establecidos en el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, esto es, haber cumplido 60 años de edad por ser hombre y 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 862-2018)

Frente a los puntos adicionales en la cotización, tanto la CSJ en su Sala de Casación Laboral (CSJ SL 1196-2020 que reiteró la CSJ SL 38948, 29 may. 2012, y CSJ SL9013-2017, que reiteró las CSJ SL398-2013 y CSJ SL398-2013) como la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia precitada, tienen por sentado que si el empleador omite realizar el pago de este porcentaje adicional, o si se retrasa en su pago, el trabajador no tiene por qué sufrir las consecuencias negativas de dicha omisión, señalando que al empleado se le descuentan estas sumas directamente de su salario mensual y no resulta justo que se vea privado de la pensión por una falta completamente ajena a su voluntad, imputable directamente a su empleador en los términos del artículo 22 de la Ley 100 de 1993[1], y por la cual éste debe responder. Por consiguiente, si el

[1] El artículo 22 de la Ley 100 de 1993 "El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto

empleador no cancela a tiempo la cotización especial, la entidad administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el solicitante debe asumir la obligación pensional, no pudiendo excusarse en la omisión del empleador porque la legislación nacional le ha otorgado diversos mecanismos para cobrar y sancionar la cancelación extemporánea de dichos aportes.

Sentado lo anterior, procede la Sala a revisar si el demandante cumple con los **requisitos** para acceder a una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo en virtud de los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, así:

Haber cotizado o laborado 500 semanas en actividades de alto riesgo en los últimos 20 años 0 1000 semanas en toda su vida laboral

Al revisar la historia laboral del actor allegada a folio 307 se evidencia que el actor cotizó a través del empleador CRISTALERIA PELDAR S.A. 1958.71 semanas, es decir, que cuenta con más de las semanas que exige el Acuerdo 049 de 1990.

Haber cumplido 60 años de edad

El demandante nació el 11 de noviembre de 1959, como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía allegada a folio 4, por lo que cumplió los 60 años de edad, el mismo día y mes del año 2019.

Disminución de la edad

De conformidad con el art. 15 del Acuerdo 049 de 1990 la edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (50) semanas de cotización especial, adicionales a las primeras 750 semanas.

Teniendo en cuenta que el actor logró cotizar un total de 1958,71 semanas en toda su vida laboral, de las cuales 1208 semanas se efectuaron **con posterioridad** a las primeras 750 semanas especiales, es claro que la edad del actor se puede disminuir en 24 años, es decir, que tenía derecho a pensionarse al cumplimiento de los 36 años de edad.

En consecuencia, el actor tenía derecho a que se le reconociera una pensión de vejez especial por haber desarrollado actividades de alto riesgo, la cual se causó el 11 de noviembre de 2010.

En este punto es necesario decir que el fallador de primera instancia al no habilitar como semanas de alto riesgo las laborados por el actor para CRISTALERIA PELDAR durante toda su relación laboral sino únicamente hasta el año 2010, entendió que la edad sólo puede disminuirse hasta los 47 años de edad y que la pensión del actor se causó el 11 de noviembre del 2006, lo cual no fue apelado por el demandante, por lo que no se hace ninguna modificación.

Disfrute de la pensión

---

de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. || El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador".

Como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, para empezar a disfrutar de la pensión es necesaria la desafiliación del sistema; lo cual es diferente a la causación que se consolida cuando el afiliado cumple con los requisitos para acceder a una pensión.

En el presente caso, revisado el detalle de pagos de la historia laboral allegada a folio 307, se evidencia que el empleador pasó la novedad de retiro para el 20 de junio del 2017, por lo que puede el actor entrar a disfrutar de su pensión a partir del 21 de junio del 2017, tal y como lo señaló el a quo.

Monto de la pensión

Para liquidar la pensión especial debemos remitirnos al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que establece que el IBL se liquida con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante a los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo cuando haya cotizado más de 1250 semanas como ocurre en el presente caso. Para establecer la tasa de reemplazo nos remitimos al art. 34 ibídem.

Una vez revisada la liquidación efectuada por el fallador de primera instancia, visible a folio 520 se evidencia que acertó al señalar que el actor tiene derecho a una mesada inicial de **$4'051.763**.

Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 CPT y de la SS, pues la pensión se reconoce a partir del 21 de junio del 2017 y la demanda se radicó el 4 de diciembre del 2017 como da cuenta el acta individual de reparto, visible a folio 240.

Retroactivo pensional

Al realizar los cálculos correspondientes se encuentra que Colpensiones adeuda al actor la suma de **$208'397.916,60** por las mesadas causadas entre el 21 de junio del 2017 y el 26 de febrero del 2021. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
21/06/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 4.051.763,00*	*7,33*	*$ 29.712.928,7*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 4.217.480,00*	*13,00*	*$ 54.827.240,0*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 4.351.596,00*	*13,00*	*$ 56.570.748,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 4.516.957,00*	*13,00*	*$ 58.720.441,0*
01/01/21	***26/02/21***	*1,60%*	*$ 4.589.228,00*	*1,87*	*$ 8.566.558,9*
Total retroactivo				***$ 208.397.916,60***	

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 28 de agosto del 2020, por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá para actualizar el valor del retroactivo, por lo que se CONDENA a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor JAIRO HUMBERTO RUBIANO FAJARDO la suma de **$208'397.916,60** por las mesadas causadas entre el 21 de junio del 2017 y el 26 de febrero del 2021. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-