



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *JOSÉ ANTONIO RUBIO SIERRA*
DEMANDADO: *NARIÑO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES S.A.*
RADICACIÓN: *1100131050- 38-2017-00777-01*
ASUNTO: *APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE*
TEMA: *CONTRATO DE TRABAJO – RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES.*

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. JOSÉ ANTONIO RUBIO SIERRA instauró demanda ordinaria contra NARIÑO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES S.A. con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de julio de 2009 hasta el 26 de febrero de 2015, que la terminación del contrato se constituye como un despido indirecto, declarar que los montos pagados por el demandado a título de comisiones, bonificaciones, subsidio de transporte y cualquier otro emolumento pagaderos en periodos definidos y constantes constituye salario, como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene al demandado al pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales a las que tiene derecho con base en el salario real pagado y tomando el último salario el devengado, la indemnización por despido injustificado, cesantías, sus intereses, prima de servicios, compensación de vacaciones causadas desde el 27 de julio de 2009 hasta el 26 de febrero de 2015, dotación y vestido de trabajo, cotizaciones para riesgos laborales, salud y pensiones, subsidio familiar, indemnización moratoria, indexación y costas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de julio del 2009, que desempeñó funciones de asistente de auditoria; que las labores encomendadas consistían en prestar servicios de asistencia en auditoria con relación a clientes de la

empresa demandada, consistentes en el procesamiento de las transacciones soportadas en los documentos internos y externos, revisión de los estados financieros y de información especial con destino a las entidades y auditorías de control de estados; que la labor fue desarrollada durante 5 años y 7 meses; que las labores se encontraban relacionadas con el área de contabilidad, elaboración y presentación de informes, destacando que el jefe inmediato era el señor Henry Nariño en su calidad de gerente; que como salario inicial se pactó la suma de \$950.000 pagaderos mensualmente, suma que fue aumentando en atención a su desempeño; que los salarios no fueron tenidos en cuenta en su totalidad para el pago a aportes en seguridad social ni de prestaciones sociales; que el 26 de febrero del 2015 se terminó el contrato de trabajo, teniendo en cuenta que después de haber solicitado en varias ocasiones apoyo adicional dada la excesiva carga laboral, no recibió soporte y finalmente teniendo en cuenta las fuertes jornadas laborales le estaba causando afectación a la salud física, mental y emocional; que se le reconocían los transportes de visitas a los clientes y los mismos eran reembolsados por parte de la empresa cada 15 días los cuales se denominaban reportes de tiempo; que desde mayo del 2013 se efectuaron descuentos de nómina, sin autorización de su parte; que el demandante no ha recibido la liquidación de prestaciones sociales desde el retiro en febrero del 2015; que devengó como último salario reportado por la empresa y sobre el cual se le pagaron las prestaciones, la suma de \$4.000.000, sin embargo, sumando los valores cancelados, el salario ascendía a \$5.960.000; que nunca le fueron reconocidas las acreencias laborales con el salario real devengado; que al accionante durante la relación laboral fue afiliado al sistema de seguridad social por parte del demandado con un IBC inferior al que debía tenerse en cuenta; que durante la relación laboral fue inscrito en un fondo de cesantías con un IBC y liquidación inferior al realmente devengado, que se constituyó un despido indirecto y que a la terminación del contrato de trabajo no se le han pagado las acreencias laborales.

2. Contestación de NARIÑO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES S.A.

Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del CST el trabajador puede recibir sumas de dinero adicionales al salario para desempeñar a cabalidad sus funciones, entre otros los medios de transporte y rodamiento, lo que se encuentra acreditado en el presente caso, como quiera que el demandante dentro de sus funciones tenía que visitar clientes tal y como lo confesó el actor en su escrito de demanda, lo que a todas luces genera un ingreso, que si bien entra al bolsillo del trabajador, no enriquece su patrimonio, como quiera que vuelve a salir en razón de sus funciones, por otro lado, señala que frente el auxilio de alimentación entre las partes se firmó pacto la exclusión salarial, tal y como quedó estipulado en la cláusula 2ª del párrafo 2 del contrato de trabajo, ratificado en las certificaciones del 25 de febrero de 2010 y 30 de abril de 2014, por lo tanto, no es constitutivo de salario.

De igual forma, señala que el accionante no presentó carta de terminación por causa imputable al empleador, consistente en una decisión unilateral por parte del demandante de terminar el contrato de trabajo, fruto de unas justificaciones generadas por el empleador, lo que se observa es una renuncia irrevocable presentada por el trabajador el 26 de febrero de 2015, por tal razón no hay lugar a la indemnización solicitada. Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo, compensación, prescripción y genérica (fls. 42 63).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de enero de 2020, mediante la cual el Juzgado absolvió a la demandada Nariño y Asociados auditores consultores S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante José Antonio Rubio Sierra. (fls. 483 y 485).

Su decisión se basó en que no existía discusión frente a la existencia del contrato que ató a las partes, encontrando demostrado que el actor se vinculó con la sociedad NARIÑO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES S.A. a través de un contrato de trabajo a término indefinido que inicio el 27 de julio del 2009 y terminó el 26 de febrero del 2015, con ocasión de la carta de renuncia presentada por el trabajador, que las funciones eran de asistente de auditoria y percibiendo como salario inicialmente la suma de \$950.000 mensuales.

Frente al auxilio de alimentación señaló que, de acuerdo con los comprobantes de nómina aportados por la demandada, se evidencia que el auxilio de alimentación no fue constante y que el mismo se empezó a cancelar a partir de febrero del 2010, presentando un valor variable, pues fluctúa entre los 10.000, 60.000, 145.000, 150.000, 187.600, 200.000, entre otros valores.

Respecto del auxilio de transporte, señala el mismo empezó a cancelársele a partir de julio del 2009 y se suspendió en enero del 2010, retomándose un pago de noviembre y diciembre del año 2013. Que, de acuerdo con lo pactado en la cláusula segunda del contrato de trabajo, es claro que los auxilios extralegales no constituirían o que no tendría connotación salarial. Que así mismo, con la comunicación de folio 125, se le informa al demandante que por decisión de las directivas, y una vez analizado su desempeño a partir del 1 de febrero de 2010, su asignación estaría integrada por un salario básico de 1.150.000 y un auxilio extralegal de alimentación no constitutivo de salario de 150.000 pesos, circunstancia que se ajusta a lo previsto en los art. 127 y 128 del CST, pues dicha norma hace viable que se le pueda restar connotación salarial al auxilio de alimentación.

Igualmente, señala que el señor Rubio Sierra no logró acreditar que los auxilios denominados de transporte y alimentación tuvieran una finalidad distinta a aquella para la cual se habían destinado, pues a pesar de que hay algún tipo de periodicidad y regularidad en su reconocimiento, dichos valores fueron fluctuantes y esporádicos y tampoco se pudo establecer con claridad cuáles eran los factores que se utilizaban o se empleaban para la determinación del monto correspondiente, por lo que se puede advertir que estos valores eran fijados de manera unilateral. Por lo que se concluyó que, dada su naturaleza, no se puede establecer que tengan una connotación salarial

Frente a la terminación del contrato, indica que la misma operó por decisión unilateral del actor, a pesar de ello, indica no se constata que dicha renuncia estuviera precedida de algún tipo de presión o situación particular en la que hubiera incurrido su empleador para el finiquito del vínculo contractual laboral. Por lo que se concluye que la decisión de finalizar el contrato de trabajo obedeció a un móvil interno del trabajador y no a una conducta desplegada por el empleador, por lo tanto, no se puede predicar que se esté en presencia de un despido indirecto.

Respecto a la indemnización moratoria del art. 65 del CST, señala que no hay lugar a las suplicas de la demanda en el entendido en que considera el despacho las mismas están cimentadas tanto en la existencia de un despido indirecto como en la

connotación salarial de auxilios extralegales que efectivamente se acreditó en el expediente que tenía connotación no salarial, imponiéndose a la accionada la absolución respecto de todas y cada una de las súplicas de la demanda ante la ausencia de condenas de carácter salarial o prestacional.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que dado el acervo probatorio y particularmente los testimonios y los desprendibles de pago que reposan en el expediente, los pagos efectuados por subsidios de alimentación y transporte, deben tenerse en cuenta para el IBL, las cotizaciones y deben ser parte de las acreencias laborales que no fueron canceladas durante todo el tiempo en que laboró el demandante y así lo señala el artículo 127 del CST, que indica que más allá de lo plasmado en el contrato, se tendrá en cuenta la realidad y en ese sentido, cualquier pago que remunere el servicio, hace parte del salario y por ende se deben cotizar todas las acreencias laborales con base en todo el monto cancelado.

Señala que se debe reconocer la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST., como quiera que las acreencias laborales no fueron canceladas al momento de la terminación del contrato de trabajo, pues al demandante no se le notificó sobre la constitución del depósito judicial, aunado al hecho que en el expediente reposa memorial en donde la demandada ordena no pagar ese dinero.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito adujo que es claro que inició a prestar sus servicios personales mediante contrato de trabajo a término indefinido suscrito con la encartada el 27 de julio del 2009, sin embargo, no tuvo en cuenta el fallo de primer grado que para el pago de los aportes a seguridad social y prestaciones los salarios realmente devengados por el trabajador, ya que los subsidios de alimentación y transporte en realidad tenían como finalidad la contraprestación directa del servicio.

5.2. Parte demandada. Aludió a que quedó verificado que el demandante presentó ante el empleador renuncia voluntaria y espontánea, ya que no se constató elementos que puedan edificar la figura de la terminación laboral por causas imputables al empleador. Por otro lado indicó que los auxilios extralegales cancelados por el empleador no pueden ser concebidos como salariales, en razón a que, de conformidad con el contrato de trabajo celebrado entre las partes se verifica la presencia de cláusula de exclusión salarial, misma en la que se particulariza que los auxilios extralegales relativos a medios de transporte, habitación, alimentación y otros allí estipulados no constituyen salario, determinación claramente reconocida por el demandante, quien tenía pleno conocimiento del contenido del acuerdo laboral celebrado, situación así reconocida por el demandante en el interrogatorio efectuado por el Juez de primer grado.

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) ¿La bonificación denominada auxilio de alimentación y medios de transporte constituyen salario?; en caso afirmativo, (ii) ¿Es procedente disponer la reliquidación de las prestaciones sociales? Y (iii) ¿Es viable impartir condena por concepto de indemnización moratoria?

Relación laboral, modalidad del contrato, extremos, cargo y salario básico

No se controvierte en esta instancia la decisión a la que arribó el a quo con respecto a la existencia de relación laboral entre el señor JOSE ANTONIO RUBIO SIERRA y la empresa NARIÑO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES S.A., regida por un contrato de trabajo a término indefinido entre el 27 de julio del 2009 al 26 de febrero del 2015, tiempo en el cual el actor desempeñó el cargo de asistente de auditoría, con un salario inicialmente pactado de \$950.000 mensuales. Frente al último salario devengado debemos acudir a la liquidación final del contrato de trabajo, que da cuenta ascendió a la suma de \$4.000.000 (fl. 95).

Auxilio de alimentación y medios de transporte

De acuerdo con lo planteado en el libelo inaugural y en la apelación, se deberá determinar si los denominados auxilios de alimentación y medios de transporte tienen una connotación salarial.

De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 del mismo estatuto modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que, **no** constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, **medios de transporte**, elementos de trabajo y otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, como la **alimentación**, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Sobre esta última hipótesis, debe resaltarse, que dicho precepto establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a alguno de los beneficios o pagos, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo, ni tengan por finalidad enriquecer su patrimonio, sino que se otorgue para desempeñar a cabalidad sus funciones tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL10995 de 30 de julio de 2014.

Y es que la Corte fue clara en la sentencia SL 5159-2018 al señalar que:

"...es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo..."

Señala además la CSJ que *"aunque esa Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada."*

En cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos la Corte ha insistido que *"...por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida."*

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia SL 3138-2020 indicó que *"frente al artículo 128 del CST, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, es oportuno advertir por la Sala, que la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, como ocurre en este evento, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario."*

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, no queda duda alguna que el demandante percibió aparte de su salario básico, auxilios extralegales denominados alimentación y medios de transporte, pues así se lo reflejan las certificaciones laborales obrantes a folios 26, 27, 67, 68 del informativo, documental en la que se indica que JOSE ANTONIO RUBIO SIERRA para el 1º de febrero de 2010, percibía un salario básico de \$1`150.000, más un auxilio extralegal de \$150.000, para el 30 de abril devengó la suma de \$3`000.000 mensuales, más \$460.000 por concepto de alimentación y \$400.000 por concepto de medios de transporte; auxilios que para el

16 de octubre de 2014 ascendían a la suma de \$1`200.000 y \$760.000 respectivamente.

Los desprendibles de nómina obrantes a folios 158 a 206 del plenario dan cuenta que mientras el demandante percibió menos de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes le fue reconocido el auxilio legal de transporte y a partir del mes de febrero de 2010 este auxilio le deja de ser reconocido al actor. Posteriormente, en el mes de noviembre de 2013, la sociedad NARIÑO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES S.A. reconoce un auxilio extralegal denominado en los comprobantes de nómina como "*medios de transporte*". De igual forma, se advierte que, al demandante desde el mes de febrero de 2010, se le ha venido reconociendo de forma mensual un auxilio de alimentación.

Dentro del contrato de trabajo obrante a folios 15 a 17 del plenario, se observa específicamente en el párrafo segundo de la cláusula segunda que: "*las partes acuerdan que de conformidad con los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990 que subrogó los artículos 128 y 129 del CST, todos los beneficios, auxilios extralegales que perciba el trabajador en dinero o en especie, en forma permanente o eventual tales como medios de transporte, auxilios para habitación, **alimentación**, estudios, primas extralegales de localización, clima, vestuario, gastos de representación, eventuales bonificaciones, premios o incentivos, participación de beneficios y auxilios en dinero, bonos o vales en general y cualquier pago adicional que el empleador efectúe al trabajador durante la vigencia de este contrato, no constituirá salario*"

Por lo antes visto, no queda duda alguna que tanto el trabajador como su empleador acordaron que todos aquellos auxilios extralegales no constituirían factor salarial. A pesar de lo anterior, se debe considerar que el pacto de exclusión salarial no implica que lo recibido por el trabajador no constituya salario, pues siempre debe ser objeto de análisis si el beneficio otorgado retribuye o no el servicio, tal y como lo tiene adoctrinado la sala de casación laboral de la CSJ, conforme reseña que se hiciera al inicio de las consideraciones.

En el presente proceso, fue interrogado el representante legal de la demandada, quien respecto al denominado "*medios de transporte*", señaló que este concepto le era pagado al demandante en razón a su cargo, pues de acuerdo con sus funciones le correspondía movilizarse de un lugar a otro para sostener reuniones con clientes; señaló igualmente que cuando el señor JOSE ANTONIO RUBIO SIERRA, devengaba menos de 2 salarios mínimos se le cancelaba el auxilio de transporte, luego de ir escalando en la compañía y al devengar más de esta suma se le empezó a pagar el denominado "medio de transporte".

De igual forma, fue escuchado el demandante en interrogatorio de parte quien reseñó que su remuneración se encontraba integrada por un salario básico y otra parte que se le pagaba por concepto de alimentación y transporte. Señala que debido a sus funciones se debía trasladar constantemente al lugar donde estaban cada uno de los clientes de la empresa; afirma que se le pagaba "*transportes en los reportes de tiempo*" y para ello se consideraba el valor del transporte público, valor que era reembolsable posteriormente por la empresa, por tanto, cada traslado para visitar clientes era asumido por la empresa. De igual forma, señala que los auxilios de transporte tenían por objeto cubrir diariamente sus desplazamientos hacía donde los clientes que debía visitar como auditor.

También fue escuchada la declaración del testigo de GERARDO NARIÑO ROCHA quien manifestó ser asesor laboral, miembro de la junta directiva y sub gerente de la compañía demandada. Manifestó que el demandante recibía unos auxilios extralegales no constitutivos de salario pactados en el contrato trabajo, uno era por tema de alimentación y otro de movilización o de transporte. Señala que estos auxilios extralegales se incrementaban de acuerdo con la antigüedad y el desempeño de los trabajadores. Afirma que el subsidio de transporte tenía por objeto garantizarle al demandante su movilidad hacia los respectivos clientes dependiendo su programación y que de acuerdo con los desplazamientos así mismo se determinaba su valor. Que debido al salario devengado por el demandante no tenía derecho a un auxilio legal, por tal razón la empresa le reconocía el auxilio extralegal que era reconocido mensualmente en su nómina. Finalmente, el deponente señala que el demandante también percibía un auxilio de alimentación, que era para comida, pero no sabe si realmente el demandante lo invertía en esto.

La señora SANDRA MEJÍA BOTÍA rindió declaración ante el Juzgado de conocimiento, manifiesta ser revisoría fiscal externa de la demandada y manifiesta constarle que el señor JOSE ANTONIO RUBIO SIERRA recibía auxilios de transporte y de alimentación. Respecto a su forma de liquidación y pago, señala que esa era una decisión de tipo administrativo, sin embargo, afirma que los auxilios de transporte debían ser destinados para el traslado del auditor a las empresas donde ellos desempeñaban las funciones, que podrían ser una, dos o tres empresas al día.

De igual forma, fue escuchada la declaración de la deponente DIANA MARCELA VARGAS GAITÁN, quien señaló que es auxiliar contable de NARIÑO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES S.A., y quien afirma que el demandante percibía aparte del salario unos auxilios, uno de ellos era el de movilización que se utilizaba para el desplazamiento de él a cada uno de los clientes de la empresa y contablemente estos conceptos se registraban como "*medios de transporte*", se pagaban todos los meses en la nómina, siendo sumas variables que dependían de lo acordado con la empresa, pero no recuerda valores.

De acuerdo con lo anterior, queda demostrado que en efecto el demandante devengaba dos auxilios extralegales, uno denominado "*medios de transporte*" y otro de alimentación. De la valoración probatoria se tiene que el demandante confesó que el que el primero ellos, le era reconocido por la empresa con la finalidad de sufragar los gastos de los traslado que debía realizar como auditor para sostener reuniones con los clientes de la empresa NARIÑO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES S.A., confesión que se acompasa con las demás pruebas testimoniales recaudadas en juicio, pues basta con remitirnos a lo señalado por los deponentes DIANA MARCELA VARGAS GAITÁN, GERARDO NARIÑO ROCHA y SANDRA MEJÍA BOTÍA, quienes de manera uniforme e inequívoca manifiestan que este este concepto reconocido al actor tenía por objeto garantizarle su movilidad, pues reseñan que como auditor debía desplazarse diariamente a visitar diferentes clientes.

Así las cosas, no queda duda alguna, que dicho concepto de ningún modo retribuía la actividad laboral del actor, pues su única finalidad era la de desarrollar cabalmente sus labores y no retribuir su fuerza de trabajo, pues como quedó definido, dentro de sus funciones como auditor debía desplazarse diariamente a diferentes puntos de la ciudad a efecto de reunirse con varios clientes; gastos de traslado que eran sufragados al actor a través del denominado "*medios de*

transporte”, por lo tanto, en los términos del art. 128 del CST, dicho emolumento no tiene incidencia salarial.

Los mismo sucede con el denominado auxilio de alimentación, pues si bien todos los testigos han reseñado que el actor devengaba este concepto, únicamente el declarante GERARDO NARIÑO ROCHA, sostuvo que tenía como objeto la compra de comida, sin embargo, aclara que desconoce en qué lo invertía el actor; declaración que en efecto confirma la naturaleza de este pago, demostrando que el emolumento estaba destinado a cubrir los gastos de alimentación del demandante y no a retribuir la actividad laboral del actor.

Aunado a lo anterior, es claro que el empleador demostró en juicio que el denominado auxilio de alimentación tenía una destinación específica, la cual era suplir y contribuir con los gastos de alimentación de su trabajador, a contra sensu, la parte interesada no ha logrado desvirtuar la esencia de este emolumento, como quiera que no demostró que este concepto si retribuyera la labor desarrollada a favor de NARIÑO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES S.A.

De igual forma, se debe hacer hincapié que sobre el auxilio de alimentación se realizó un pacto de desalarización tal y como se advirtió anteriormente, el cual fue plenamente ratificado por el actor al momento de absolver el interrogatorio de parte y que resulta completamente válido, pues a pesar de que el auxilio de alimentación es reconocido de manera habitual, se encuentra contenido en el artículo 128 del CST como pago que no constituye salario, ello sumado al hecho que entre trabajador y empleador acordaron que este concepto no tendría incidencia salarial.

Si bien, ha señalado la Sala Laboral de la CSJ que cuando exista un pacto de desalarización entre las partes que no tiene un fin específico y que se reconoce con habitualidad, puede entenderse como retributivo del servicio a falta de cualquier medio para desvirtuar su condición salarial y así quedó plasmado, entre otras, en la sentencia CSJ SL8216-2016, lo cierto es que en el sub judice no se presenta tal condicionamiento, pues ninguna de las pruebas allegadas al plenario dan cuenta que en virtud del principio de la primacía de la realidad lo percibido por el trabajador era consecuencia directa de la labor desempeñada, por el contrario, se acreditó que en efecto el mismo tenía una clara destinación.

En este estado y en vista que no se logró derruir la desalarización del auxilio de alimentación y tampoco se ha logrado desnaturalizar este concepto, es claro que el mismo no constituye factor salarial, lo que conlleva a que la sentencia impugnada en este punto sea confirmada.

Indemnización moratoria

Solicita el recurrente que se condene a la demanda al pago de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del CST., como quiera que las acreencias laborales no fueron canceladas al momento de la terminación del vínculo laboral.

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.

En el examine, sea lo primero destacar que el juez de conocimiento absolvió a las demandadas del pago de esta pretensión bajo el argumento que la misma se encontraba supeditada a la reliquidación de prestaciones que debía operar por el solicitado reconocimiento de los auxilios extralegales como factor salarial, el cual no salió avante, sin embargo, pasó por alto la fundamentación fáctica que respaldaba la petición en el libelo genitor, acápite en el que se aduce que para el momento del finiquito no le fueron canceladas las acreencias laborales; desconocimiento que ahora es objeto de alzada.

Teniendo en cuenta la omisión del fallador primigenio y siguiendo los lineamientos dispuestos en el art. 287 del CGP la Sala procederá a complementar la sentencia proferida, pues se reitera que este asunto en particular fue objeto de apelación por el apoderado de la parte actora.

Al respecto, tenemos que la empresa demandada señaló que una vez finalizada la relación laboral buscó al trabajador para hacerle entrega de su liquidación, sin lograr que acudiera a la empresa, motivo por el cual le realizó el pago a través de depósito judicial a órdenes del Juzgado Laboral del Circuito.

En relación con el mencionado trámite, ha señalado la CSJ que para que el empleador sea liberado de la indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del CST por la constitución de un título judicial, se requiere que el trabajador sea enterado de la existencia del título de depósito judicial, y del juzgado al cual debe acudir para retirarlo y así ha sido esbozado en múltiples pronunciamientos, tales como SL 2264-98, 28090-06; SL4400-2014 y SL4948-2020.

Respecto al camino que se debe recorrer para que una consignación judicial sea válida, las sentencias aludidas precedentemente, señalan:

"1º) Sobre el pago por consignación.

En sentencia CSJ SL del 29 jul 1988, rad. 2264, la Corte recordó el sendero que hay que recorrer para que una consignación judicial sea plenamente válida en relación con el trabajador reclamante, de la siguiente manera:

El pago por consignación es un acto complejo que supone la sucesión de varios pasos, comenzando por el depósito mismo en el Banco Popular, siguiendo por la remisión del título al Juzgado Laboral y concluyendo con la orden del juez aceptando la oferta de pago y disponiendo su entrega, acto este último que reviste gran importancia frente al problema de la mora en los eventos en que el juez se ve impedido de disponer la entrega por circunstancias imputables a la responsabilidad del deudor o consignante.

Para que el pago por consignación produzca sus efectos plenamente liberatorios es indispensable que alcance el efecto de dejar a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden del juez ordenando lo pertinente. Sólo en tal momento debe tenerse por cumplida la condición para que cese el efecto de la indemnización moratoria, salvo que la razón por la cual no se produzca esa orden no sea imputable a responsabilidad del consignante" (Sentencia 11 de abril de 1985).

Y en providencia CSJ SL del 20 oct 2006, rad. 28.090, la Sala dispuso:

importa p-recisar que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento”.

Así las cosas, tenemos que en efecto la sociedad demandada constituyó título de depósito judicial por valor de \$464.059 (fl. 94) a favor del señor José Antonio Rubio. A pesar de lo anterior, no obra constancia que el mismo haya sido puesto a disposición de un Juez laboral y mucho menos que se le haya dado aviso al trabajador. Por el contrario, se observa a folios 76 a 79 escrito dirigido a los Juzgados laborales de Bogotá en el que se indica que no se autoriza la entrega del mismo a su beneficiario hasta tanto no se logre un acuerdo de pago del saldo que adeuda el trabajador a la compañía por concepto de préstamo, y a su vez obra a folio 80 escrito dirigido al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en donde se solicita que el depósito judicial sea devuelto a la sociedad NARIÑO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES S.A. Sobre esta prueba documental se debe resaltar que no cuenta con sello en señal de recibido por parte de sus destinatarios.

De igual forma, se debe hacer hincapié que, de acuerdo con la liquidación final de prestaciones sociales, el saldo adeudado a favor del señor correspondió a \$464.059, y si bien en el documento se indica que el trabajador tiene una deuda con la compañía respecto de un crédito por valor \$1'500.000 y que efectuadas las deducciones queda un saldo a favor de la empresa de \$1'035.941, lo cierto es que ello no es demostrativo de buena fe, pues dicha liquidación tampoco fue puesta en conocimiento del señor José Antonio Rubio como tampoco se expusieron este tipo de circunstancias en la contestación de la demanda a efecto de ser debatidas en la presente Litis, máxime cuando en el referido documento se advierten descuentos por concepto de préstamos.

Por lo anterior y teniendo en cuenta los derroteros trazados por la CSJ, en lo que a los pagos por consignación se refiere, es claro que el actuar de NARIÑO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES S.A. no está revestido de buena fe; por el contrario, lo que se evidencia es que trató de sustraerse del pago de las prestaciones sociales de quien fuera su trabajador, razón por la cual procede impartir condena por concepto de indemnización moratoria.

Como quiera que el contrato de trabajo finalizó el 26 de febrero del 2015 y la demanda se presentó el 18 de diciembre de 2017 (fol. 33), es decir, después de transcurridos los 24 meses a la culminación del vínculo laboral, se deberá condenar al demandado a pagar a favor del señor José Antonio Rubio el valor de \$133.333,33 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 26 de febrero de 2015 (fecha del finiquito) hasta el 25 de febrero de 2016, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a \$ 96.000.000 y a partir del mes 25, es decir, desde el 26 de febrero de 2016, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre la suma debida, esto es, sobre \$464.059.

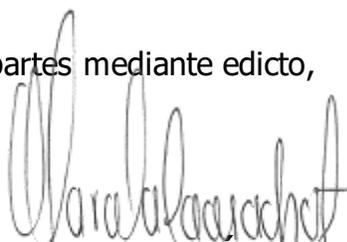
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 17 de enero de 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la sociedad NARIÑO Y ASOCIADOS AUDITORES CONSULTORES S.A. a pagar a favor de José Antonio Rubio intereses moratorios a razón de \$96.000.000 durante el periodo comprendido entre el 26 de febrero de 2015 (fecha del finiquito) hasta el 25 de febrero de 2016, esto es, por los primeros 24 meses y a partir del 26 de febrero de 2016 (mes 25) los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre la suma debida, esto es, sobre \$464.059.

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.

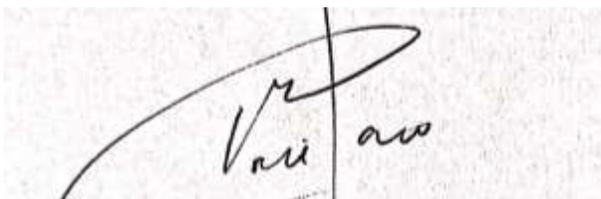
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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 JAVIER TORRES LOZADA, YOANY ENRIQUE CRISTANCHO RODRÍGUEZ, RICARDO JOVEN BARRERA, GABRIEL EDUARDO VILLALOBOS BOLAÑOS, LEONEL RAMÍREZ BOHÓRQUEZ Y FREDY CAMPOS LEÓN.*
DEMANDADO: *GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A.*
RADICACIÓN: *1100131050- 25-2013-00332-02*
ASUNTO: *CONSULTA SENTENCIA*
TEMA: *NULIDAD ACTA DE TRANSACCIÓN.*

Bogotá D.C, treinta (30) de abril de 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 Javier Torres Lozada, Yoany Enrique Cristancho Rodríguez, Ricardo Joven Barrera, Gabriel Eduardo Villalobos Bolaños, Leonel Ramírez Bohórquez y Fredy Campos León instauraron demanda en contra de contra GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo que se venía prorrogando automáticamente año tras año, que los extremos de la relación laboral son: 1) WILLIAM JAVIER TORRES LOZADA, fecha de ingreso 8 de abril de 2002, fecha de retiro 4 de septiembre de 2011. 2) RICARDO JOVEN BARRERA, fecha de ingreso 15 de febrero de 2006, fecha de retiro 4 de septiembre de 2011. 3) GABRIEL EDUARDO VILLALOBOS, fecha de ingreso 1 de noviembre de 2005, fecha de retiro 4 de septiembre de 2011. 4) LEONEL RAMÍREZ BOHÓRQUEZ, fecha de ingreso 12 de marzo de 2001, fecha de retiro 4 de septiembre de 2011. 5) FREDY CAMPOS LEÓN, fecha de ingreso 20 de marzo de 2001, fecha de retiro 4 de septiembre de 2011; que se declare la nulidad del acta de mutuo acuerdo o transacción suscrita; que se declare que no existió solución de continuidad en el contrato de trabajo; que se declare que existió despido colectivo de trabajadores por parte de la empresa que se efectuó entre el segundo semestre del año 2011 y primero del 2012, que como consecuencia de lo anterior, se condene al empleador a reintegrar a los demandante a sus cargos o a alguno similar que no afecte sus condiciones de salud y sin que desmejore sus condiciones laborales, junto con el pago de las sumas dinerarias dejadas de percibir; que sean reparados

integralmente todos los perjuicios ocasionados de conformidad con el art. 16 de la ley 446 de 1998 con ocasión del acta de la firma ilegal; y que se ordene la indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. para septiembre de 2011 contaba con 2.136 trabajadores directos, vinculados mediante contrato de trabajo, para octubre de 2011 contaba con 2.063, que dentro de los 73 trabajadores que fueron retirados de la empresa se encontraban los demandantes a quienes se les da por terminado sus contratos el 2 de septiembre de 2011, siendo notificados verbalmente, momento en el que se les presentó un acta de mutuo acuerdo, la cuales fueron suscritas; que se les indicó que se liquidarían los contratos hasta el 4 de septiembre de 2011; que en las actas de mutuo acuerdo se les informa que se transigirían salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones; que algunas de la actas presentan un sello de Notaria 53 de fecha 16 de septiembre de 2011, las que fueron añadidas con posterioridad a la firma del documento y sin la presencia de los trabajadores; que los trabajadores tenían los siguientes tiempos de antigüedad en la empresa: WILLIAM JAVIER TORRES LOZADA 9 años, 4 meses y 26 días; YOANY ENRIQUE CRISTANCHO RODRÍGUEZ 10 años, 5 meses y 22 días; RICARDO JOVEN BARRERA 5 años, 6 meses y 19 días; GABRIEL EDUARDO VILLALOBOS BOLAÑOS 5 años, 10 meses y 3 días; LEONEL RAMÍREZ BOHÓRQUEZ 10 años, 5 meses y 22 días; FREDY CAMPOS LEÓN 10 años 5 meses y 14 días; que las actas y solo respecto de algunos trabajadores se firmaron con encabezado del Ministerio de la Protección Social en las instalaciones del Colsubsidio edificio el cubo en fecha 31 de octubre de 2011; que dentro de las actas de conciliación con encabezamiento Ministerio de la Protección Social, no se incorporaron ni hacían parte integrante las actas de mutuo acuerdo en donde se transigieron "salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones"; que dentro de las actas de conciliación se les reconoce a cada trabajador exactamente la misma cantidad de dinero que previamente se había transigido por concepto de salarios, vacaciones e indemnizaciones; que las actas de mutuo acuerdo son el mecanismo jurídico que utilizó la demandada para retirar forzosamente un gran número de sus trabajadores más antiguos; que la actas de mutuo acuerdo no fueron firmadas de forma libre y voluntaria, sino que por el contrario se trató de un despido ya que hubo coerción para firmarlas, porque de lo contrario de irían sin dinero.

2. Contestación de GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, salvo las contenidas en los numerales 1 y 2 relacionadas con la existencia de los contratos de trabajo y sus extremos temporales, argumentando que los contratos de trabajo de los demandantes terminaron por mutuo consentimiento de las partes, el cual fue elevado a acuerdos transaccionales, ratificado por algunos de ellos mediante conciliaciones; que en estos acuerdos se dejó constancia de la terminación bilateral y por mutuo acuerdo de las relaciones laborales, así como el reconocimiento, además de las acreencias laborales legales y extra legales, una suma adicional que tuvo por objeto precaver cualquier litigio eventual que pudiera surgir entre las partes en razón del desarrollo y terminación de la relación laboral; que dichos acuerdos no se vieron afectados por ningún vicio del consentimiento y por tanto los mismos surten plenos efectos legales. A su vez, señala que en los términos del art. 15 del CST y 2483 del C.C. la transacción surte efectos de cosa juzgada. Respecto al despido colectivo señaló que debido a las dificultades económicas que venían presentando las empresas ensambladoras para el años 2009 producto de los tratados de libre comercio, situación que obligó a la compañía a disminuir la plantilla fija de trabajadores, lo que hizo necesaria la implementación de planes de retiro voluntario para los trabajadores que libremente quisieran acogerse a ellos, sin que ello pueda ser considerado como despido colectivo, como quiera que nunca existió despido, sino terminación del contrato por mutuo acuerdo. Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y cosa juzgada (fls. 247 a 257).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de octubre de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, con los siguientes extremos temporales: William Javier Torres Losada desde 8 de abril de 2002 y 4 de septiembre 2011; Johanny Enrique Cristancho Rodríguez entre el 12 de marzo de 2001 al 4 de septiembre de 2011; Ricardo Joven Barrera entre el 15 de febrero de 2006 hasta el 4 de septiembre de 2011; Gabriel Eduardo Villalobos entre el 1 de noviembre de 2005 y el 4 de septiembre de 2011; Leonel Ramírez Borges, entre 12 de marzo de 2001 y el 4 de septiembre de 2008; Fredy Campos León desde el 20 de marzo de 2001 y el 4 de septiembre de 2011, y absolvió de las demás pretensiones. (fls. 432 a 433).

Su decisión se basó en que no había controversia alguna frente a la existencia del contrato de trabajo entre los demandantes y GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. Frente a nulidad del acta de transacción señaló que no se demostraron los elementos que podían construir vicios del consentimiento y que de acuerdo con los interrogatorios de parte y las pruebas documentales, se estableció con claridad que los demandantes suscribieron acta de mutuo acuerdo voluntariamente y que recibieron el ofrecimiento económico indicado por la empresa y que al no obrar constancia que su firma haya estado precedida de error, fuerza o dolo no hay lugar declarar la nulidad pretendida.

Señaló que de acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia radicado 37800 acta número 31, M.P. Luis Javier Osorio, el ofrecimiento de bonificaciones por parte del empresario, para que el trabajador acceda a determinadas peticiones es lícita, pues el asalariado es quién finalmente decide si acepta o no tales ofertas y en el caso presente la oferta para la terminación del contrato fue acogida por los demandantes. Finalmente, en lo relacionado con el despido colectivo, indicó que no hubo despidos por parte de la demandada General Motors, sino que por el contrario lo que existió entre los hoy demandantes y la empresa demandada fueron terminaciones de mutuo acuerdo, los cuales son completamente válidos.

4. Alegatos de conclusión. Vencido el término concedido, las partes no presentaron alegaciones.

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) ¿Hay lugar a declarar nulas las actas de mutuo acuerdo suscritas por los demandantes y como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar su reintegro, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales de orden legal y extralegal y vacaciones? Y (ii) ¿Se produjo un despido colectivo?

Contrato de trabajo

Para resolver los problemas jurídicos, sea lo primero reseñar que no se encuentra en discusión dentro del plenario, pues así ha sido aceptado en la contestación de la demanda, que entre los aquí demandantes y GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. existieron contratos de trabajo a término fijo, cuyos extremos temporales, cargo y salario fueron los siguientes:

Para el caso del demandante William Javier Torres Losada desde 8 de abril de 2002 hasta el 4 de septiembre 2011, último cargo desempeñado pintor 1, con un salario de \$2´406.019, de ello también da cuenta la documental vista a folios 44 a 54 del plenario,

contentiva a contrato de trabajo, certificación laboral, acta de mutuo acuerdo, acta de conciliación y liquidación de prestaciones sociales.

Respecto del demandante Yoany Enrique Cristancho Rodríguez entre el 12 de marzo de 2001 hasta el 4 de septiembre de 2011, último cargo desempeñado latonero 1, con un salario de \$2´406.019. De ello también da cuenta la documental vista a folios 60 a 64 del plenario, contentiva a contrato de trabajo, certificación laboral, acta de mutuo acuerdo y liquidación de prestaciones sociales.

Ricardo Joven Barrera desde el 15 de febrero de 2006 hasta el 4 de septiembre de 2011, último cargo desempeñado pintor 1, con un salario de \$2´406.019, de ello también da cuenta la documental vista a folios 69 a 74 del plenario, contentiva a contrato de trabajo, certificación laboral, acta de mutuo acuerdo y liquidación de prestaciones sociales.

Gabriel Eduardo Villalobos entre el 1 de noviembre de 2005 al 4 de septiembre de 2011, siendo su último cargo desempeñado OP Ensamble final 1, con un salario de \$2´212.235. De ello también da cuenta la documental vista a folios 79 a 83 del plenario, contentiva a contrato de trabajo, certificación laboral, acta de mutuo acuerdo y liquidación de prestaciones sociales.

Leonel Ramírez Borges desde el 12 de marzo de 2001 hasta el 4 de septiembre de 2011, el último cargo desempeñado fue el de latonero 1, con un salario de \$2´406.019, y así se puede corroborar con la documental vista a folios 88 a 92 del plenario, contentiva a contrato de trabajo, certificación laboral, acta de mutuo acuerdo, acta de conciliación y liquidación de prestaciones sociales.

Y, Fredy Campos León, desde el 20 de marzo de 2001 hasta el 4 de septiembre de 2011, cuyo último cargo fue el de OP ENS Laminas 1, con una asignación salarial de \$2´212.235, lo cual se corrobora con la documental visible a folios 97 a 105.

Nulidad del acta de terminación del contrato de trabajo

La parte actora ha señalado que el acta de terminación de los contratos de trabajo debe ser declarada nula, teniendo en cuenta para ello que la desvinculación de los demandantes fue un despido encubierto bajo el ropaje de actas de mutuo acuerdo o actas de retiro voluntario, las cuales presentan irregularidades en su origen, como es pretender transigir derechos que no son susceptibles dicha figura, máxime cuando fueron suscritas mediante presión o coerción.

En efecto, encuentra la sala que entre la accionada y los señores William Javier Torres Lozada, Yoany Enrique Cristancho Rodríguez, Ricardo Joven Barrera, Gabriel Eduardo Villalobos Bolaños, Leonel Ramírez Bohórquez y Fredy Campos León, fueron suscritas actas de mutuo acuerdo que datan del 2 de septiembre de 2011, cuyo objeto fue la terminación consensuada del contrato de trabajo a partir de la fecha de su suscripción, tal y como se advierte a folios 47, 63, 72, 82, 91 y 100 del informativo.

Lo primero que se debe analizar es si con las actas de terminación del contrato de trabajo objeto de censura, se desconocieron derechos ciertos e indiscutibles de los demandantes. Para tal efecto, se debe resaltar que, si bien en las pretensiones de la demanda se indica que el reintegro se debe efectuar teniendo en cuenta las condiciones de salud de los actores, lo cierto es que las circunstancias fácticas esbozadas en el libelo inaugural no dan cuenta que alguno de ellos se encuentre inmerso en el ámbito de protección de la estabilidad ocupacional reforzada desarrollado en la ley 361 de 1997.

Aclarado lo anterior, tenemos que dentro del contenido de las actas de mutuo acuerdo se estableció que dado que entre los firmantes habían surgido diferencias respecto de los montos de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones, se acordó que se cancelaría una suma de dinero no constitutiva de salario por valor de \$30.332.242 respecto de WILLIAM JAVIER TORRES LOZADA, \$25`993.518 respecto de YOANY ENRIQUE CRISTANCHO RODRÍGUEZ, \$22`387.260 respecto de RICARDO JOVEN BARRERA, \$7´239.608 respecto de GABRIEL EDUARDO VILLALOBOS BOLAÑOS, \$27.961.233 respecto de LEONEL RAMÍREZ BOHÓRQUEZ y \$25´775.138 respecto de FREDY CAMPOS LEÓN.

Así las cosas, tenemos que el artículo 15 del Código Sustantivo de Trabajo contempla que "es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles". Debe entenderse por derechos ciertos e indiscutibles aquellos para los cuales no es necesaria una decisión judicial, pues su existencia no produce duda ni controversia alguna para su reconocimiento, por ello, la posibilidad de transigir y/o conciliar debe versar sobre derechos inciertos y discutibles, entendidos estos como meras expectativas o esperanza en su reconocimiento.

Sin lugar a duda, sobre los salarios, prestaciones sociales y vacaciones no puede versar la transacción, pues los mismos revisten la calidad de derechos ciertos y, por lo tanto, no pueden ser renunciables. A pesar de lo anterior, nótese que lo indicado en las actas de mutuo acuerdo es que entre el trabajador y empleador surgieron controversias respecto del monto de estas acreencias laborales, por lo tanto, les corresponde a los genitores de la demanda, en virtud de la carga de la prueba demostrar que la misma desconoció derechos ciertos e indiscutibles.

Una vez revisada la demanda se observa que no se indican cuales son los derechos que aparentemente se desconocieron para cada uno de extrabajadores en dichas actas, ni siquiera se insinúa que la empresa haya desconocido factores legales o extralegales y mucho menos que los valores allí reconocidos sean notoriamente inferiores a los que realmente les corresponden, por el contrario, en los documentos objeto de desconocimiento en este proceso, se señala que estas sumas de dinero fueron reconocidas para transar todos aquellos derechos inciertos y discutibles que surjan con ocasión de la existencia del contrato de trabajo que ató a las partes. Adicionalmente, nótese que los demandantes aparte de las sumas de dinero contenidas en el acta recibieron su liquidación final de prestaciones sociales.

Por otro lado, la parte actora deriva la nulidad de las actas de mutuo acuerdo por haber sido suscritas bajo presión o coerción. Al respecto sea lo primero hacer notar que, en cada uno de las actas se dejó constancia que las mismas habían sido suscritas de manera voluntaria y libre de todo apremio.

Dentro del curso del proceso, fue escuchado el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, quien frente a la terminación del contrato de trabajo de cada uno de los demandantes, señaló que para el mes de septiembre de 2012 se llevó un plan de retiro y lo que se hizo fue citar a los trabajadores uno por uno, poniéndoles de presente la posibilidad de realizar dicho plan de retiro, quienes a su vez podían manifestar si estaban de acuerdo o no con las condiciones del mismo, momento en el que los demandantes optaron por suscribir dicha acta.

De otra parte, fueron escuchadas las declaraciones de parte de los promotores del juicio, quienes manifestaron que en efecto habían suscrito las actas, sin embargo, aclaran que lo hicieron bajo presiones. A pesar de ello, tales afirmaciones no se encuentran soportadas en ninguno de los medios de prueba aportados al expediente, resultando simples

declaraciones, que no tienen la suficiente fuerza demostrativa para derivar la nulidad de dichos documentos, pues esta por sí solas no dan cuenta de los actos de presión o coacción de los que dijeron haber sido objeto. Para prosperidad de las pretensiones la parte interesada debió demostrar que fue víctima de error, fuerza o dolo y que la misma fue relevante, al punto de poder afectar su voluntad y de esta forma poder configurar un vicio del consentimiento.

Al respecto, es necesario citar la SL3214-2018 en donde se reitera lo dicho por Sala de Casación Laboral CSJ en sentencias rad. 26071, rad. 43053, y en donde se indicó lo siguiente:

"No sobra recordar lo que de antaño y de manera pacífica ha enseñado la Corte en el sentido de que no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título bonificación, por ejemplo por reestructuración, sin que ello, por sí solo, constituya un mecanismo de coacción, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera pueden ser aprobadas o desestimadas por éste, por lo que no es dable calificar ni unas ni otras de presiones indebidas por parte de quien las expresa, pues debe entenderse que dichas ofertas son un medio idóneo, legal y muchas veces conveniente de rescindir los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que puedan presentarse en el desarrollo de las relaciones de trabajo".

Dadas las anteriores consideraciones, no queda duda alguna que la terminación del contrato de trabajo no fue un acto unilateral del empleador, a contrario sensu, se encuentra acreditado que el finiquito de la relación surgió de un acuerdo bilateral suscrito entre los demandantes y la demandada, enmarcado dentro del literal b) numeral 1 del art. 61 del CST., es decir, que los contratos de trabajo terminaron por mutuo acuerdo, ajenos a cualquier tipo de presión.

De acuerdo con lo expuesto, es claro que no hay lugar a declarar la nulidad de las actas de terminación del contrato de trabajo suscritas por las partes el 2 de septiembre de 2011 y por tal razón, se hace nugatorio el derecho al reintegro deprecado por los accionantes.

Despido colectivo

Pretende la parte demandante se declare que existió un despido colectivo de trabajadores por parte de GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. efectuado entre el segundo semestre del año 2011 y primero del año 2012. Como consecuencia de ello y ante la falta de permiso para realizar los despidos, solicita su ineficacia y se disponga la aplicación del artículo 140 del CST, declarándose la no solución de continuidad en los contratos de trabajo.

De acuerdo con las consideraciones planteadas en precedencia, es claro que los demandantes no fueron despedidos, sino que sus contratos de trabajo terminaron de común acuerdo, en los términos del 61 del CST.

Conforme lo señalado en el artículo 67 de la ley 50 de 1990, se está en presencia de un despido colectivo, cuando el mismo afecte en un período de seis (6) meses a un número de trabajadores equivalente, al cinco por ciento (5%) en las empresas que tengan un total de trabajadores superior a mil (1000). Al respecto, la parte demandante manifestó que en el segundo semestre del año 2011 fueron despedidos 73 trabajadores, pues en octubre de esta misma anualidad laboraban en GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A.

2.136 trabajadores y para el mes siguiente laboraban 2.063, sin embargo, no acredita en la presente Litis, de un lado, que en efecto esas 73 personas fueron despedidas en el aludido lapso, y de otro lado, que se alcance el porcentaje determinado en la normativa para que se configure el despido colectivo, pues dicho número equivale solamente al 3.41%, siendo el número de personas supuestamente desvinculadas en este interregno inferior al 5%.

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 octubre de 2019, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá.

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 ALEREDO 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: NANCY ELISA ARDILA RAMÍREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-26-2019-00778-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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. NANCY ELISA ARDILA RAMÍREZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN con el fin de que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS por falta al deber de información. Como consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A. a trasladar todos los aportes, efectuados por la demandante junto con todos sus rendimientos a Colpensiones. Que se condene a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD, aceptar y recibir el traslado de los aportes. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se les condene a las demandadas a las costas del proceso (fol. 2 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 14 de septiembre de 1969; que la demandante se trasladó de régimen pensional en el año 1997 al RAIS a cargo de la AFP Protección S.A; que la demandante no fue asesorada por la AFP Protección S.A. que solo se le informó que el RAIS tenía muchas ventajas; que se le informó que en el RAIS tendría una cuantía de pensión mucho mejor; que no fue asesorada en debida forma y que solicitó el traslado de régimen, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol.55); 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 dentro del proceso obran medios de prueba suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, que el asesor del fondo privado le suministró los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado del RPMPM al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

(fol. 71 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. Dio respuesta a la demanda señalando que el contrato de afiliación celebrado entre la AFP Protección y la demandante es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, que en el mismo confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, por la manifestación de su voluntad. Indicó que no existió un vicio del consentimiento de la demandante, ni se le ocultó información antes del momento de la firma, ni al momento de afiliarse a la AFP Protección, que su decisión siempre estuvo exenta de cualquier engaño o error. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación a Protección, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica (fol. 89 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de enero de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a la AFP Protección a transferir a Colpensiones, la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Condenó a Colpensiones, para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. Declaró no probadas las excepciones. Condenó en costas a la AFP Protección.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ, que se debe estudiar desde la ineficacia en virtud de lo previsto en los artículos 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, que el consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, toda vez que se debe acreditar un consentimiento debidamente informado, que la carga de la prueba le correspondía al fondo de pensiones. Que no se le explicó a la demandante como operaba la rendición del bono pensional. Que no se pudo establecer que a la demandante se le haya ilustrado respecto de las características, condiciones, accesos y demás circunstancias del cambio de régimen, las características del RAIS o un comparativo con las del RPM. Que la AFP Protección no demostró que para 1997 se le haya brindado la información, clara, suficiente y oportuna con el fin de que el consentimiento de la actora fue debidamente informado. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP PROTECCIÓN S.A Interpuso recurso de apelación únicamente en relación con los gastos de administración, argumentando que la ley 100 de 1993, establece cuales son las consecuencias de este tipo de decisiones, por lo que los gastos de administración no se encuentran incluidos, de acuerdo con el artículo 1746 del C.C. de las denominadas restituciones mutuas. Señaló que la demandante durante en el tiempo en el cual estuvo afiliada a la AFP Protección se lucró de los correspondientes rendimientos y si la decisión es retrotraer todo a su estado original, como si la afiliación no hubiera existido, se presenta un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, más aún cuando la misma demandante, no solicitó que se incluyeran dentro de la devolución de los dineros correspondientes dicho concepto.

7. Alegatos Colpensiones. En su escrito indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y AFP PROTECCIÓN S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el

trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN 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 en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿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) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones?; (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (iv) ¿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 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 a la afiliada 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 acreditado en el plenario que la señora Nancy Elisa Ardila Ramírez cotizó al ISS desde el 22 de marzo de 1991 hasta el 31 de agosto del año 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 25); que el 21 de agosto de 1997 la demandante se afilió a la AFP Protección conforme al formulario de afiliación (fol. 28).

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PROTECCIÓN S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad 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 la afiliada sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que la misma 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 suministrar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- 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 la afiliada 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 AFP PROTECCIÓN S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Nancy Elisa Ardila Ramírez**, 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.

Adicionalmente 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° 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° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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 sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, 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 afirmado por la apoderada de la AFP Protección y por ende, no deben considerarse las alternativas formuladas por esta sociedad, pues es claro que la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, debe proceder de sus propias utilidades, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones, sin que ello constituya enriquecimiento sin causa, ya que surge como consecuencia de la omisión al no brindar la información requerida a la demandante al momento del traslado.

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 deberá asumir la AFP PRIVADA 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. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

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 19 de enero del 2020, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

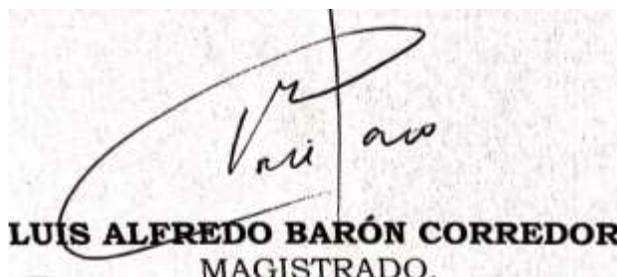
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: CLARA PAOLA PANESSO
DEMANDADO: BANCOLOMBIA S.A.
RADICACIÓN: 1100131050- 12-2019-00583-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

Bogotá D.C, treinta (30) de abril de 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. CLARA PAOLA PANESSO instauró demanda ordinaria contra BANCOLOMBIA S.A. con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes; que no se realizó proceso disciplinario violando el debido proceso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia; que el contrato de trabajo termino sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene al pago de la indemnización contemplada en el art. 64 del CST, la indexación, indemnización contemplada en el art.65 del CST por el no pago de prestaciones económicas con la indemnización y demás emolumentos que no se demuestren en la liquidación, así como las costas del proceso. De manera subsidiaria, se solicita que se reintegre a la demandante junto con el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta que se reintegre, así como las cesantías, sus intereses, vacaciones, primas legales y convencionales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que inició a trabajar como directora de servicio al cliente a partir del día 06 de septiembre de 2000, que siempre fue cumplidora de sus funciones y cargo de acuerdo al contrato que se firmó; que laboró como directora de la sucursal del Centro Comercial Hayuelos; que el día 5 de septiembre de 2016 fue llamada por los señores Camilo Mila (Lider de Servicios) y Jhon Jairo Monroy (Gerente Sucursal) a una reunión, en donde se le hizo entrega de la carta de terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa; que nunca le fue notificada la apertura formal de proceso disciplinario; nunca se le mostró prueba alguna de las afirmaciones contenidas en la carta de terminación del contrato; que no tuvo

derecho a la defensa, ni un debido proceso para ser despedida sin justa causa; que fue un acto arbitrario por parte de la demanda realizar un despido con justa causa sin siquiera tener una investigación, ni ser notificada, que el último salario devengado fue de \$2'998.060; que se vulneró lo establecido en las sentencias C-593 de 2014.

2. Contestación de BANCOLOMBIA S.A. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que fue suscrito contrato de trabajo a término indefinido el día 6 de septiembre de 2000, el cual estuvo vigente hasta el 5 de septiembre de 2016, fecha en la que el contrato de trabajo finalizó con justa causa a ella imputable, conforme lo dispuesto en el art 62 del CST literal a) numeral 6 y en los arts. 55 y 58, literales d), e) y h), art. 60 numerales 1) y 10) del reglamento interno de trabajo, así como el código de ética, al configurarse una falta grave. Que la parte demandante confunde el despido con una sanción disciplinaria, al indicar que no se adelantó diligencia de descargos por los hechos cometidos de manera reiterativa y las cuales se enuncian en la carta de terminación de fecha 5 de septiembre de 2016. Que contrario a lo señalado por la demandante, si se le garantizó a cabalidad su derecho de defensa y debido proceso, pues para aclarar los hechos irregulares en que incurrió fue citada por parte de la Gerencia de la Sucursal y el Líder de servicios a que rindiera sus explicaciones sobre los hechos que generaron su desvinculación, sin embargo, en ese espacio la señora CLAUDIA PAOLA PANESSO no contó con argumentos válidos que le eximieran su responsabilidad. Que durante la vigencia de la relación laboral a la demandante se le cancelaron todas las acreencias laborales, teniendo en cuenta el salario pactado, por tal razón no es procedente la sanción moratoria. Propuso como excepciones de fondo la de justa causa para la terminación del contrato de trabajo de la demandante, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demanda, buena fe, prescripción, pago, compensación y genérica (fls. 103 a141).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de noviembre de 2020, mediante la cual el Juzgado condenó a BANCOLOMBIA S.A. a pagar a favor de Señora Clara Paola Panesso Poveda por concepto de indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del Código sustantivo del Trabajo la suma de \$32'978.660, (fls. 142 a 144).

Su decisión se basó en que se encontraba demostrada la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido cuyos extremos temporales fueron 6 de septiembre del año 2000 al 5 de septiembre del año 2016 y que el último salario devengado por la demandante fue de \$2'998.229 mensuales. Señala que si bien la CSJ ha sostenido una posición pacífica y se ha considerado que el despido no es considerado como una sanción disciplinaria, sino que simplemente se trata de una ruptura contractual y por ello no se encuentra sujeto a un trámite propio, a pesar de lo anterior, consideró que la Corte Constitucional, la sentencia SU-449 del 2020 señala que la interpretación conforme al artículo 62 del CST sólo autoriza al empleador a terminar el contrato laboral unilateralmente con justa causa si previamente se ha otorgado al trabajador el derecho a ser oído ese o de poder dar la versión de los hechos antes de que el empleador ejerza la facultad de terminación, circunstancias que no se presentaron, pues la trabajadora no pudo defenderse frente a los supuestos que daban lugar a la terminación, ello sumado al hecho que la carta de despido no establecen condiciones puntuales de modo en que se presentaron las quejas, respecto de qué clientes ocurrió, cuál fue el escalonamiento que se dio a dichas quejas, entre otros, al no haber sido ello así, la terminación resulta ser injusta por lo que procede el pago de la indemnización contemplada en el art. 64 del CST. Respecto de la indemnización del artículo 65 CST,

señaló que estas no eran procedentes, pues solamente se reputa respecto de salarios y prestaciones.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandanda** interpuso recurso de apelación argumentando que respecto a las circunstancias de modo tiempo y lugar que rodearon la terminación del contrato, se debe remitir al interrogatorio de parte absuelto por la demandante pues allí se indica que dentro de sus funciones se encontraban las de recibir y tramitar las quejas, pero que no recuerda de quejas presentadas en contra de ella, a pesar de lo de anterior, señala que hacia un backup trimestral de todas las quejas que se presentan al interior de la sucursal, entonces, es extraño que la demandante se acuerde de unas quejas y de otras no, es claro que la demandante conocía perfectamente cuáles eran las quejas que se habían presentado en contra de ella. Señala que en el interrogatorio de parte la demandante dio respuestas evasivas y a pesar de ello no se le dio ningún efecto al momento de proferir la sentencia.

Igualmente sostiene que, si bien la justa causa no tiene carácter sancionatorio y no se debe agotar un procedimiento disciplinario, lo cierto es que la demandante si fue escuchada, aun cuando no era su obligación, lo que se acredita con los testigos Camilo Mila y por John Jairo Monroy, declaraciones que no fueron tenidas en cuenta por el Juzgado. También arguyó de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos los de número de radicación 45148 y SL-351 del 2020, la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador alegando una justa causa no denota una naturaleza disciplinaria, razón por la cual el empleador no tiene la obligación de iniciar un proceso disciplinario laboral antes de procederse con el despido del trabajador, salvo que en el orden interno de la empresa se le haya dado expresamente este carácter. Igualmente, señaló que en caso de que se encontrará prevista en la convención colectiva en el contrato de trabajo en el reglamento interno del trabajo el despido como una sanción disciplinaria, debía agotarse este proceso so pena de incurrir en una vulneración al debido proceso. Situación que evidentemente no ocurre en el presente proceso, por lo tanto, para la demandada no había lugar agotar un debido proceso, como quiera que en la cláusula octava del contrato de trabajo se señalan cuáles eran las justas causas para finalizar el vínculo laboral, entre ellas las reiteradas quejas por atención al cliente, quejas que efectivamente se encuentran acreditadas en el presente proceso conforme los correos electrónicos que obran en el expediente, por lo tanto, no hay lugar a imponer condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

5. Alegatos presentados por la parte demandante: Solicita la parte demandante que sea confirmada la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que la misma se ajusta a las pruebas y lo demostrado en el proceso. De acuerdo con ello, la justa causa no es acorde con el CST y el reglamento interno de trabajo, además manifestó que el despido se produjo con violación del debido proceso, a la defensa, a la presunción de inocencia. Finalmente señala que en nunca incumplió el reglamento interno de trabajo, que siempre trabajó de manera sistemática, efectiva y cumpliendo las labores, tan es así que en 16 años dentro de la compañía nunca tuvo un llamado de atención.

6. Alegatos presentados por la parte demandada: Solicita que la sentencia sea revocada pues contrario a lo sostenido por el Juez de instancia la justa causa se encuentra demostrada como quiera que se encuentra acreditado que había sido objeto de múltiples quejas por la forma en cómo se prestaba atención a los clientes y a pesar de ello no atendió las recomendaciones de su jefe directo. Respecto al debido proceso

señaló que ni el contrato de trabajo ni el reglamento interno de trabajo contemplan un procedimiento especial previo a la finalización del contrato de trabajo.

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) ¿El despido realizado el 5 de septiembre de 2016 tuvo o no una justa causa? y (ii) ¿BANCOLOMBIA S.A. previo al finiquito de la relación laboral debió llamar a descargos a la demandante?

Existencia del contrato de trabajo

No ha sido objeto de discusión en esta instancia la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, el cual estuvo vigente entre el 6 de septiembre del año 2000 al 5 de septiembre del año 2016, tiempo en el cual la demandante desempeñó el cargo de directora de la sucursal del Centro Comercial Hayuelos, siendo el último salario devengado de \$2´998.060.

Justeza de la terminación del contrato de trabajo

El párrafo 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.

Verificadas las pruebas obrantes en el expediente, se puede observar que la accionada decidió terminar unilateralmente el contrato de trabajo de la señora CLAUDIA PAOLA PANESSO, mediante misiva fechada 8 de septiembre de 2016 (fls 28 y 29), al considerar que como Directora de servicios incumplió gravemente las labores para las cuales fue contrata, ello con fundamento en lo dispuesto en el art 62 del CST literal a) numeral 6 y en el arts. 55 y 58, literales d), e) y h), art. 60 numerales 1) y 10) del reglamento interno de trabajo, así como el código de ética.

Adicional a ello, se aduce como hechos motivantes de la justa causa para finalizar el vínculo, que el 30 de agosto de 2016 se recibió queja de un cliente que manifestó inconformidad con el servicio, pues por su estado de salud y su edad no podía estar mucho tiempo en la sucursal, por lo que solicito atención urgente y prioritaria y en respuesta a ello únicamente se le asignó un turno de atención, sin tener ninguna consideración especial por la situación particular del cliente, sumado al hecho que tampoco se le brindó colaboración con su cambio de clave.

Que el 26 de julio de 2016 se recibió otra queja por parte de un cliente, quien informa que llevaba más de 2 horas esperando su turno para ser atendido y que tuvo que retirarse de la sucursal por un momento y cuando regreso perdió su turno, por lo que

sea acercó a la demandante para que le ayudara y que su respuesta frente a lo solicitado era que había tomado un turno que no era y que no le podía ayudar, manifestando el cliente que no se le brindó la asesoría correcta.

Que el 12 de mayo de 2016 se había presentado una situación similar, en la que un cliente puso en conocimiento que después de varias horas de consulta con diferentes asesores decidió acercarse a la sucursal para poder solucionar su situación y que una vez atendida por la demandante se le asignó un turno el cual duró mas de una hora. Actuación que no se compadeció con el hecho de que la cliente ya había ido en diferentes oportunidades a la sucursal, que así las cosas era obligación de la demandante haberle brindado una atención oportuna y cálida, contrario a ello se reflejo una falta de interés en el servicio prestado a los clientes.

Que el 7 de abril de 2016 se recibió queja por parte de otro cliente que manifiesta que se encontraba en la sucursal realizando diligencias en compañía de la demandante y que ella en una actitud muy agresiva se dirigió a todos los clientes con gritos y regaños. Adicionalmente que la cliente le solicito ayuda con la atención a lo que de mala actitud y malos gestos le paso una silla y no solucionó su petición.

En la misma carta de terminación del contrato de trabajo se señala que no es la primera vez que se presentan estas situaciones y que en diferentes ocasiones su superior le había recomendado mejorar su actitud de servicio, adicionalmente se le ha realizado acompañamiento en estos temas, situaciones que a la fecha se siguen presentando sin recibir un cambio de la actitud y servicio. Que dichos hechos evidencian el incumplimiento de una de las premisas más importantes de la organización establecida en el modelo de servicio de Grupo Bancolombia, específicamente el valor de la relación que determina la actitud, como el trato amable y cordial a los clientes, el interés y la disposición de atenderlos, el comportamiento adecuado ante las dificultades del servicio y las reclamaciones de los clientes, sin embargo, lo generado por parte de la accionante eran inconformismos por parte de los mismos clientes deteriorando la imagen de la entidad.

Conforme a lo anterior, la justa causa alegada por la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo, corresponde a ***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***.

La remisión que hace la anterior normatividad a los artículos 58 y 60 hace referencia a que son obligaciones especiales de los trabajadores *"Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido..."*.

Fue aportado el reglamento interno de trabajo, tal y como se advierte a folios 157 a 177, de su contenido se observa que el art. 60, hacen referencia a que *"los trabajadores tienen como deberes generales"* literales d), *"guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplina moral del Banco,* e) *"ejecutar el trabajo que se le confié con honradez, compromiso, eficiencia y de la mejor manera posible"* y h) *"recibir y aceptar las ordenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo, el orden y la conducta en general en su verdadera intención que es en todo caso la de encaminar y perfeccionar los esfuerzos e provecho propio y de la empresa en general"*

A su vez, tenemos que la demandada aportó el código de ética de la entidad, el cual reposa a folios 151 a 156 del informativo.

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, siendo ello así, observa que obra a folios 180 a 181, comunicaciones de correo electrónico entre el departamento de gestión humana y la dirección de seguridad corporativa de fecha 2 de septiembre de 2006, en donde se logra confirmar que después de revisados videos de la sucursal del centro Comercial Hayuelos, se estableció que el 30 de agosto de 2016 entre las 2 y 40 y 4:30 p.m. estuvo presente un persona mayor de edad con dificultad de movilidad por una reciente cirugía y que estuvo en el puesto del Director del Servicio y Hall de asesoría.

A folios 182 y 183 obra correo electrónico contentivo de "quejas Clara Paola", sin embargo, se debe advertir que su contenido es ilegible parcialmente y de lo que se puede medianamente advertir es que la demandante presentó actitudes groseras y refleja malos gestos con la cliente Lucelly Silva de Gil.

A su vez, fue escuchada la declaración del testigo John Jairo Monroy Gamez quien señala que fue Gerente de la sucursal bancaria Hayuelos donde trabajó la demandante, señala que ella era la encargada de todo el tema de controlar, liderar y desarrollar las estrategias de servicio de la sucursal, buscando garantizar una excelente calidad operativa y de servicio, entre otras. Frente a los hechos que rodearon la terminación del contrato de trabajo señaló que la última situación que causó el finiquito del contrato fue la queja de servicio presentada el 30 de agosto de 2016, donde un cliente manifestó que llevaba mucho tiempo de espera, que era de avanzada edad y presentaba problemas de salud, frente a ello la única solución que Clara Paola le dio fue entregarle un nuevo turno, sin tener ninguna consideración al respecto, que además le indicó al cliente que simplemente tocaba esperar, denotando una actitud de desinterés y de poca colaboración.

Señala que antes de esto también habían sido presentados otros reclamos, por ejemplo, uno el 26 de julio del 2016, también por parte de un cliente que manifestó su inconformidad porque llevaba mucho tiempo esperando en la sucursal, que el cliente había perdido su turno, por lo que se dirigió donde Clara Paola y la solución de ella fue entregarle otro turno sin demostrar interés en el tiempo que ya llevaba esperando el cliente.

El 12 de mayo de 2016 se había presentado una situación similar por parte de otro cliente, donde estaba inconforme con alguna asesoría que le habían brindado, se acerca donde Clara Paola a informarle lo sucedido y ella no se compadeció del tiempo y de la situación de cliente y reflejó una mala actitud.

El 7 de abril de 2016, se recibió otra queja por parte de un cliente empresarial en donde se indicaba que la demandante tenía una actitud agresiva frente a los clientes.

Señala además el deponente que en su rol de gerente en varias ocasiones recibió quejas de la demandante, aparte de las presentadas en la sucursal telefónica, en donde manifestaban su inconformidad por actitud de la directora de servicio.

Dice que a raíz de las quejas presentadas y por la actitud reflejada por la demandante se le realizó un proceso de acompañamiento, pero señala que ello se dio de manera

verbal y dentro de un ambiente de confianza, sin que se dejaran constancias escritas del asunto.

También fue escuchada la declaración del señor Camilo Andrés Mila Jimenez, quien respecto a los hechos que dieron origen al despido de la demandante señaló que éste se dio a raíz de una reclamación de un cliente que acababa de salir de una cirugía y se acercó a la sucursal porque debía hacer un retiro urgente, que los tiempos de espera eran prolongados en la sucursal, por lo que se acercó a la oficina de Clara Paola, sin embargo su actitud, según lo manifestado por el cliente, no fue la mejor, no se le dio un trato amable, cordial, cercano, ni respetuoso. Esto sumado al hecho que no era el primer caso de falta de actitud de servicio, pues ya se habían registrado 3 o 4 quejas a través del Canal oficial de la línea atención. Señala que la demandante era Directora de servicio al cliente y dentro de sus funciones se encontraban las de liderar y controlar el desarrollo de la estrategia de servicio de las oficinas, de acuerdo con los lineamientos de la organización, garantizar una excelente calidad en el servicio tanto a cliente, como en los procesos operativos administrativos y comerciales de la sucursal a cargo, y que debido a las quejas presentadas en contra de Clara Paola Panesso Poveda, verbales como a las presentadas por canales virtuales, el gerente de la sucursal se sentó a conversar con ella frente a su estilo de comunicación y el manejo de clientes. Señala que todos los acompañamientos fueron verbales, pues se consideraba que los acompañamientos y las retroalimentaciones no se debían hacer por escrito.

Conforme lo anterior, se debe advertir que dentro del expediente no se tiene constancia de las quejas presuntamente formuladas en contra de la aquí demandante, específicamente las relacionadas en la carta de terminación, esto es la presentadas el 30 de agosto, 26 de julio, 1 de mayo y 7 de abril de 2016, pues si bien, tal y como se mencionó anteriormente entre las comunicaciones vía correo electrónico cruzadas entre el departamento de gestión humana y la dirección de seguridad corporativa de fecha 2 de septiembre de 2006, dan cuenta de una queja, lo cierto es que ello no es demostrativo de la existencia de queja imputable a la genitora del proceso. De igual forma, llama especialmente la atención de la sala que en dichas comunicaciones se concluya que con la simple revisión de los registros fílmicos se logra determinar que la misma persona que presuntamente formuló queja era una persona de edad con dificultad de movilidad por una reciente cirugía.

Nótese que el reproche endilgado a la demandante, fue la actitud desinteresada y carente de colaboración, sin embargo, no obra prueba física de la formulación de la queja y tampoco se logra determinar que presuntamente su promotor sea una persona mayor y con padecimientos en su condición física debido a una reciente cirugía, que por ende requiriera de una atención prioritaria. Ahora bien, si en gracia de discusión se llegara a demostrar las limitaciones presentadas por el cliente debido a la edad y su estado de salud, debemos advertir que tampoco se encuentra demostrado que la señora Clara Paola Panesso Poveda haya asumido la actitud que se afirma, como tampoco que no haya tomado las acciones necesarias para solucionar los requerimientos del cliente.

Así las cosas, no se encuentran demostrados con claridad los hechos que rodearon la presunta formulación de la reclamación indicada y que las demoras en la atención le sean imputables; tampoco se acreditó que la accionante contara con los medios para darle alcance a los requerimientos del cliente y que a pesar de ello adoptó una actitud de desidia y desinterés, omisiva o pasiva frente a dicha situación.

A la misma conclusión podemos arribar frente a las presuntas quejas formuladas contra la señora Clara Paola Pannesso Poveda los días 26 de julio, 1 de mayo y 7 de abril de 2016, pues en primer lugar, se desconoce si en efecto las mismas fueron presentadas a través los canales virtuales o de manera física ante la sucursal y si las mismas fueron formuladas en contra de la accionante, y en segundo lugar, también se desconoce que su causa se haya originado por actitudes groseras, desobligantes, desinteresadas, carentes de cordialidad y buen servicio al cliente por parte de Clara Paola Pannesso Poveda o cualquier otro trabajador de la sucursal del centro comercial Hayuelos.

También se debe acotar que la relación de quejas obrante a folio 184 del plenario, únicamente demuestra la formulación de requerimiento el 1 de marzo, 25 y 27 de mayo de 2016, por sucesos acaecidos en la sucursal de Hayuelos, que por demás no concuerdan con las fechas de las quejas relacionadas en la carta de terminación del contrato de trabajo. Adicionalmente se hace hincapié en que de dicha documental no se pueda conocer el contenido de las quejas formuladas y mucho menos que las mismas se encuentren dirigidas en contra del Clara Paola Pannesso Poveda.

Por otro lado, si bien, los deponentes sostuvieron que la demandante era objeto de constantes quejas por parte de los clientes, lo cierto es que ello no ha sido demostrado en juicio, ni siquiera la entidad financiera demandada logró acreditar la existencia de las mencionadas en la carta de terminación del contrato de trabajo.

Ahora, si bien señala la recurrente que la accionante al momento de absolver el interrogatorio de parte dio respuestas evasivas y que dicha conducta no fue evaluada en la sentencia por el a quo, es necesario resaltar que a pesar que el artículo 205 del CGP, genere como consecuencia la confesión ficta o presunta ante la falta de respuesta o respuestas evasivas por parte del interrogado, la misma debe ser declarada únicamente por el juez de instancia, quien a su vez deberá indicar cuales son los hechos sobre los cuales versa esta confesión y así lo ha expresado la sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en las sentencias CSJ SL9494-2017, CSJ SL1135-2020 y SL751-2021.

Así las cosas, tenemos que el Juzgador de primer grado no efectuó las declaraciones que echa de menos la apelante, no por descuido o desatención, sino por considerar que la absolvente no estaba dando respuestas evasivas, al punto de señalar frente a una de las solicitudes efectuadas por la apoderada de la demandada, que la demandante ya había dado respuesta a la pregunta formulada. Por tales razones, en esta instancia no hay lugar a declarar la confesión ficta, lo que conlleva a que los argumentos esbozados por la apelante sean desestimados, en lo que a este punto de apelación se refiere.

Como si lo anterior fuera poco, tenemos que las causas endilgadas a la demandante, conforme se desprende del reglamento interno de trabajo art 67 (174 reverso), de ningún modo pueden ser calificadas como graves, pues ninguna de las causales allí contempladas se acompasa con las infracciones atribuidas a la señora Clara Paola Pannesso Poveda.

Finalmente, se debe resaltar que la Corte Constitucional en sentencia de Unificación 449-2020, señaló: *"...con fundamento en la dignidad humana y en la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de los trabajadores, respecto de los empleadores, la terminación unilateral del contrato laboral **debe garantizar, de manera previa al despido, el derecho del trabajador a ser oído, para proteger sus derechos a la honra y al buen nombre.** En vista de que existían pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en sentido distinto al aquí adoptado, se consideró necesario definir*

esa regla de interpretación del artículo 62 del CST, hacia el futuro, tanto por razones de seguridad jurídica para los empleadores y los trabajadores, como por aspectos de certeza y coherencia en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, cuando el empleador haga uso de la facultad unilateral de terminación del contrato de trabajo con justa causa, se deberá cumplir con las siguientes garantías obligatorias, cuya exigibilidad se impone, y así se resalta en la parte resolutive de esta sentencia”.

Respecto a este tema no se puede desconocer que dicha corporación de justicia Constitucional venía hilando esta interpretación de tiempo atrás, y así quedó planteado en la sentencia C-299/98, en donde se señaló que *“Cuando ocurra una de las situaciones descritas en la norma, y una vez se haya oído al empleado, el empleador puede recurrir a la terminación del contrato a manera de sanción para el comportamiento reprochable del trabajador”*

El pronunciamiento vertido en la sentencia de unificación debe ser aplicado al caso analizado pues resulta **vinculante y obligatoria** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019; actuación con la que esta Sala respeta el precedente que análogamente se ha denominado jurisprudencia en vigor, doctrina Constitucional vigente o línea jurisprudencial consolidada, aplicando a casos similares una única regla.

De esta manera, como magistrada ponente recojo cualquier criterio contrario que en otrora hubiere adoptado y que, en todo caso, fue anterior al proferimiento de la sentencia SU- 449 de 2020.

De acuerdo con ello, tenemos que si bien no es un procedimiento que se encuentre reglado, en ejercicio del derecho de defensa, presunción de inocencia y debido proceso, previo a la decisión de terminación del contrato de trabajo, el trabajador debe ser oído, concediéndosele la oportunidad de controvertir los hechos que eventualmente podrían llegar a configurar una justa causa de terminación del contrato vinculo laboral, pues en el sub examine, nótese que seguramente de haber sido escuchadas y analizadas las justificaciones dadas por la señora Clara Paola Pannesso Poveda, otra hubiese sido la determinación de la demanda, pues del interrogatorio de parte absuelto por este extremo procesal se tiene que ella manifestó textualmente lo siguiente:

“El señor era una persona discapacitada, en su momento porque lo habían operado y el banco había implementado más o menos un año, un nuevo modelo de filas que está actualmente que se llama tu Flow en donde yo como directora de servicio yo manejaba dentro de la sucursal. El Comando para poder asignar las filas, el cliente tenía que llegar como tal al loguearse en el dispositivo de filas él llegó y la niña que lo atendió, lo direccionó como cliente pyme porque su cédula daba como cliente pyme y al ser cliente pyme no le daba prioridad por su problema que tenía según lo que él me manifestó en ese momento que lo habían operado. El Señor espero en la sala 20 minutos,

que fue lo que él me manifestó, cuando entró a mi oficina que llevaba 20 minutos esperando y yo procedí a mirar en mi comando que tenía en mi sistema con la cédula de él, en dónde estaba él en la fila enrutada la evidentemente pues como él no se había colocado como cliente prioritario porque el banco tiene que cualquier persona que tenga algún tipo de discapacidad o algún problema lo coloca como cliente prioritario, cómo se había logueado como PYME por su segmento. Yo en el momento que me enteré, él me dijo si quiere yo le muestro usted que yo tengo una operación y yo al señor le manifesté, yo le manifesté al Señor que no desea ver su herida que yo le creía que él tenía una operación y que ya iba a solucionar y a gestionar el tema, lo que procedí en ese mismo momento fue colocar la cédula del cliente como cliente prioritario y le asigné a cada asesor que contaba en ese momento con 5 asesores. A cada asesor le coloqué así que el próximo cliente que llamará fuera cliente prioritario, yo tenía la potestad de en ese momento de poder cambiarle las filas a todos los asesores y eso fue lo que hice le cambie la fila todos los asesores y lo coloqué como cliente prioritario para que el primer asesor que se desocupara atendiera ese cliente, independientemente de qué cliente siguiera por delante o cuánto tiempo llevará los demás clientes esperando. Se demoró 8 minutos porque yo me encargué de en mi comando en la oficina de validar y esperar a ver cuánto tiempo se demoraba ese cliente en ser atendido porque el señor obviamente llegó muy grosero en una tónica pues obviamente porque estaba indispuerto y esa fue la gestión que yo realicé como directora. El primer asesor que se desocupó de una lo llamó porque era el primer cliente para atender en toda la oficina en el área de asesoría y por eso se le brindó el servicio al señor a los 8 minutos”.

Así las cosas, es claro que existía una justificación para lo acaecido con dicho cliente y debió la entidad demandada proceder a la verificación de los hechos y con posterioridad a ello, de encontrar una falta grave proceder al finiquito del contrato de trabajo, y no haber asumido la determinación reflejada en la misiva del 5 de septiembre de 2016, sin que previamente la demandante ejerciera su derecho de defensa.

En este punto se hace notar que, no son acogidas las alegaciones de la demandada en el sentido que previo a la presentación de la carta de despido, fue escuchada a la trabajadora, pues si bien la demandante al momento de absolver el interrogatorio de parte manifestó que el 5 de septiembre de 2016 sostuvo una reunión Camilo Mila y John Jairo Monroy, en donde se trató el tema de la queja presentada el 30 de agosto y en relación a ello manifestó lo anteriormente transcrito, también lo es que el mismo 5 inmediatamente después de finalizada la reunión, le fue pasada la carta de terminación del contrato. Lo anterior, también se encuentra demostrado con las declaraciones de Camilo Mila y John Jairo Monroy.

Lo anterior, refleja que previo a sostener la reunión señalada la entidad financiera hoy demandada ya había adoptado la decisión de finalizar el contrato de trabajo de la demandante y siendo ello así es claro que al demandante se le violó el derecho de defensa al no haber sido oída de manera previa al finiquito laboral. Ahora bien, se debe hacer notar que en dicha reunión únicamente se trató el tema de la queja del 30 de agosto de 2016, sin que se abordaran los demás asuntos reflejados en la carta de terminación del contrato, hechos y causales que en todo caso no fueron demostradas por la encartada el decurso procesal.

Dadas las anteriores consideraciones, es diáfano que el despido se torna injusto, debido a que en juicio no fueron demostradas por la demandada los hechos referidos en la carta de terminación del contrato, las conductas endilgadas a la demandante no se encuentran catalogadas como faltas graves y tampoco a la señora Clara Paola Pannesso Poveda se le escuchó de manera previa al finiquito del contrato. Razones más que suficientes para confirmar 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 11 de noviembre de 2020, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1`000.000, las cuales serán liquidadas en primera instancia.

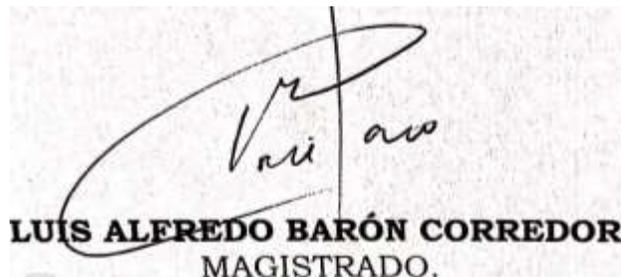
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: *JOSÉ HUMBERTO CESPEDES SÁNCHEZ y JULIO MANUEL MEJÍA VELÁSQUEZ*
DEMANDADO: *CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S.*
RADICACIÓN: *1100131050- 27-2015-00704-01*
ASUNTO: *APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE*
TEMA: *CONTRATO DE TRABAJO – 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. JOSÉ HUMBERTO CESPEDES SÁNCHEZ y JULIO MANUEL MEJÍA VELÁSQUEZ instauraron demanda ordinaria contra CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a termino indefinido y que su terminación se produjo por despido injusto imputable al empleador. Como consecuencia de lo anterior, se reconozca y paguen las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones causadas en vigencia del contrato de trabajo, así como la sanción moratoria del art. 99 de la ley 50 de 1990, sanción moratoria del art 65 del CST, la indemnización por despido injusto, indexación y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que los demandantes se vincularon a la empresa mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir de las siguientes fechas (i) JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ desde el 6 de febrero de 2006 y (ii) JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ desde el 15 de abril de 2012, para desempeñar el cargo de auxiliares de construcción de obra civil; que los contratos de trabajo fueron terminados sin justa causa el día 9 de mayo de 2015 por causa imputable al empleador; que al momento en que se produjo el despido sin justa causa se les adeudaba las prestaciones sociales y cesantías causadas durante la vigencia de la relación laboral; que los salarios devengados a la terminación del contrato era de \$644.350.

2. Contestación de CONSTRUCCIONES ARIZAMORA S.A.S. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que los demandantes no sostuvieron una relación laboral con la demandada, pues no existió subordinación o condicionamiento para el cumplimiento de alguna labor y tampoco se dieron los demás elementos del contrato de trabajo, como son la prestación del servicio y el salario. Señala que lo que existió entre las partes fue un contrato de prestación de servicios, que se ejecutaba bajo la condición de realizar labores por tareas y/o metros cuadrados o lineales propios de la construcción en los diferentes apartamentos o lugares en donde la empresa asumía contratos y se cancelaba por tarea cumplida en forma semanal y efectivo. Señala que señor JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ era contratista de mampostería y JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ era contratista pañetador. Que al no existir contrato de trabajo no se puede hablar de despido, ni mucho menos resulta procedente el pago de prestaciones sociales. Propuso como excepciones de fondo la de ineptitud de la demanda, inexistencia de las obligaciones demandadas, ilegitimidad en la causa por pasiva, prescripción, temeridad y mala fe (fls. 29 a 44)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de noviembre de 2020, mediante la cual el Juzgado negó las pretensiones de la demandada formulada por los señores JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ y JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ y declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas formulada por CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. (fls. 261 a 262).

Su decisión se basó en que los demandantes lograron acreditar la prestación del servicio a favor de la sociedad CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S., desde el mes de abril de 2012 hasta mayo de 2015 para el caso del señor JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ y del mes de marzo de 2011 hasta mayo de 2015 para el caso de JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ, pues así fue aceptado por el representante legal de la demandada, aunado al hecho que los testigos Rodrigo Zamora y Abraham Zamora reconocieron a los demandante como empañetadores de la empresa. Que, a pesar de lo anterior, la parte demandada logró desvirtuar la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo, pues los demandantes eran contratistas independientes que, para el desarrollo de la actividad, incluso contaban ayudante u otros trabajadores sobre los que ejercían subordinación como verdaderos empleadores. Aparte los mismos demandantes señalaron que las indicaciones de la empresa se referían solo a la asignación de actividades de empañetado en obras o lugares específicos, pero no en lo relacionado con su actividad, pues ellos eran conocedores y expertos en lo que hacían por lo que no debían dárseles instrucciones, además aceptaron que no debían cumplir horario e incluso podían ausentarse de las labores si las circunstancias familiares o personales lo ameritaban. Por otro lado, señala que no podía declararse la existencia del contrato de trabajo únicamente con el certificado de afiliación al sistema de seguridad social en salud, toda vez q el representante legal y los declarantes indicaron que la afiliación a la seguridad social se hizo por una obligación dispuesta por las empresas que contrataban a CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S., pues prohibían el ingreso a la obra a la personas que no contaran con la afiliación a la seguridad social y que el objetivo de ello era amparar los riesgos que tenían las empresas de construcción.

A su vez, señaló que los demandantes no cumplían horarios, que las instrucciones dadas eran simples directrices y que la supervisión de los resultados de las actividades contratadas y los tiempos de entrega no implican el ejercicio del poder subordinante propio del contrato de trabajo, sino la supervisión de un contrato civil.

De igual forma, señaló que la certificación laboral obrante a folio 13 no es tenida en cuenta, pues el informe técnico grafológico rendido por el auxiliar de la justicia determinó que la firma impuesta no es uniprocedente con la firma del representante legal, es decir que presenta marcadas diferencias y el sello impuesto presenta discrepancias con el logo de la empresa para dicho momento, tampoco tuvo en cuenta el documento de folio 16, pues la firma no es uniprocedente, no concuerda con la firma del representante legal, , respecto de la documental obrante a folios 14, 81 a 84 tampoco serán tenidos en cuenta por cuanto el logo presenta discrepancia con el logo real de la empresa. Así como tampoco la documental obrante a folio 12 pues no se tiene certeza que sea un documento que proviene de la demandada, atendiendo lo argumentos que provienen de la tacha de documento. Finalmente señala que por carecer de firmas los documentos de folios de folios 17 y 18, por tanto, no son tenidos en cuenta.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que existió prestación del personal del servicio y por tanto se presenta inversión de la carga de la prueba por lo que era deber de la demandada realizar un esfuerzo dirigido a desvirtuar la presunción y demostrar que los demandantes desempeñaron la labor con autonomía técnica y financiera. Señala que al declararse que la empresa demandada era contratista de Cusezar y de Amarilo, se debió aplicar lo contemplado en el art. 34 del CST y al ser ello así, no era posible que no existiera una relación directa de los demandantes con la empresa CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S., pues ellos eran verdaderos empleadores. Adicionalmente, señala que la Juez de instancia tampoco aplicó lo dispuesto en el art. 63 de la ley 1429 de 2010, que exige que las actividades que se contraten en el giro ordinario de los negocios deben ser contratadas directamente y no a través de otras figuras de tercerización laboral. A su vez, señala que el fallo apelado desconoce la regulación especial que tienen las actividades de construcción y que se encuentran reguladas en el artículo 309 del CST, y que sus características es que no se exige el cumplimiento estricto del horario de trabajo, la modalidad de pago es a destajo, incluso uno de los testimonios manifestó que cuando se presentaba retraso en la labor se le mandaba ayudante.

Señala que la forma de contratación de la demandada no corresponde a una empresa que lleva más de 10 años en el sector de la construcción en la ciudad de Bogotá y que llama la atención que la empresa señale que pagaban la seguridad social de los demandante sin que existiera un contrato de trabajo, por lo que a su criterio hay un error por falta de valoración probatoria e incorrecta aplicación de la ley, pues no se puede afirmar que la presunción de la subordinación se desvirtúa solamente porque los testigos afirman que los demandante realizaban la labor solos y si tenían un ayudante era para terminar la obra en beneficio del contratista y del contratante.

5. Alegatos de conclusión. Vencido el término concedido, 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 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) ¿La sociedad CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. logró desvirtuar la presunción

establecida en el art. 24 del CST? y (ii) ¿Hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre los demandantes y la sociedad CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S.?

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, y 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.

Sea lo primero reseñar que, fue declarado por la Juez de instancia que dentro del presente juicio se había acreditado la prestación personal del servicio por parte de los JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ y JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ a favor de la sociedad CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. a partir del mes de abril de 2012 hasta mayo de 2015 para el primero de ellos, y del mes de marzo de 2011 hasta mayo de 2015 para el caso del señor Mejía, conclusión frente a la cual ninguna de las partes efectuó reparo, por lo tanto, es un hecho que se encuentra debidamente demostrado en el curso del proceso.

De acuerdo con lo anterior y conforme al caudal probatorio recopilado en el curso del proceso, se deberá establecer si la sociedad CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. logró desvirtuar la presunción contemplada en el artículo 24 del CST. Para para tal efecto, se observa que el representante legal de la demandada señaló que los demandantes desarrollaron su actividad laboral en los proyectos denominados Cassat, Monet y Mendoza, entre otras, realizando labores de mampostería y empañetado de apartamentos, labores que también fueron confirmadas por los deponentes Wbaldo Zamora Zamora, Rodrigo Zamora Guerra y Abraham Zamora Guerra.

Por la naturaleza de las funciones, podemos concluir que para su ejecución no se requiere de experiencia ni de conocimientos especializados, entendiéndose por éstos, aquellos que requieren altos estudios y experiencia particularísima, motivo por que no resultaba viable efectuar la vinculación a través de contrato de prestación de servicios, más aún cuando las labores desarrolladas directamente por los demandantes se encuentran íntimamente ligadas al objeto social de la demandada, que no es otro que *"la construcciones de inmuebles para uso residencial y no residencial, así como la realización de trabajos de adecuación y/o reparación de inmuebles, ejecución de obras de ingeniería civil"* según lo visto del certificado de existencia y representación legal de la demandada, visto a folios 10 y 11.

Ahora bien, llama especialmente la atención que de acuerdo a los extremos temporales planteados por la juez de conocimiento, la contratación de los demandantes se desarrolló por espacio de 3 y 4 años respectivamente, lo que desdibuja completamente la existencia de un contrato de prestación de servicios, pues, no solamente los demandantes desarrollaron labores propias de la empresa demandada, relacionadas con la construcción y adecuación de inmuebles, sino que las mismas fueron ejecutadas por un largo periodo de tiempo y no precisamente con sus propios medios o recursos, pues ni los materiales de construcción, las herramientas requeridas y elementos protección eran aportados o sufragados por los demandantes, a contrario sensu, estos eran aportadas por la constructora contratante que podía ser Cusezar o Amarilo, tal y como así lo refirió el testigo Wbaldo Zamora Zamora, actos que en el contexto del alegado contrato de prestación de servicios resultan incomprensibles, en tanto prevalece la autonomía de del contratista, desarrollando la labor por sus propios medios, y que por el contrario reafirman la existencia de subordinación de los accionantes.

De igual forma, no se puede caer en el equívoco que por el simple hecho que los accionantes contaran con la opción de tener un ayudante, quiere ello decir que detenten la calidad de contratistas independientes y se legitime una contratación irregular, pues a voces del mismo representante legal aunque los ayudantes eran pagados directamente por los promotores del juicio, lo cierto es que era la misma empresa la que sufragaba este costo.

Tampoco se puede perder de vista que tanto el representante legal de la demandada, como los testigos WBALDO ZAMORA ZAMORA, RODRIGO ZAMORA GUERRA y ABRAHAM ZAMORA GUERRA al unísono señalaron que CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. no solo afiliaba a los demandantes al sistema de seguridad integral, sino a sus ayudantes o colaboradores, y si bien, según su dicho, esta actuación correspondía a un favor pues según ellos se sentían incapaces de realizar por sus propios medios las cotizaciones, lo cierto es que, dicha cobertura en seguridad social también era exigida para el ingreso a la obras, con el fin de cobijar el riesgo generado por la actividad, como lo afirmaron los deponentes.

De acuerdo con lo anterior, es claro que, para el Sistema General de Seguridad Social Integral, los demandantes estaban registrados como trabajadores dependientes de CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el art 15 de la ley 100 de 1993, toda persona con contrato de trabajo debe ser afiliada al sistema, sin que sean de recibo, que dicha afiliación correspondió a un simple favor.

Aunado a ello, se hace hincapié en fue el propio representante legal de la demandada quien señaló que la vinculación del señor Céspedes se efectuó a través de *"un contrato verbal laboral"* y también refirió que durante años la empresa que representa ha

contratado personal de manera directa y otros a través de contratos de prestación de servicios.

De las anteriores probanzas valoradas en conjunto, se tiene que en el presente caso se desdibujó el contrato de prestación de servicios, por cuanto es evidente que los accionantes actuaron bajo una actividad misional, prestando directamente sus servicios en las instalaciones de la accionada, con elementos de trabajo suministrados por la pasiva, desarrollando actividades de mampostería y pañetado en forma permanente, lo cual se acompasa con el objeto social de la accionada.

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que en el informativo se encuentra demostrada inequívocamente la prestación del servicio de los demandantes a favor de CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S., sin que sea de reparo en esta instancia, y como quiera que la parte demandada no desvirtuó la presunción que recae en su contra sobre la existencia de contrato de trabajo, a esta Sala de decisión no le queda otro camino que revocar la decisión del juez primigenio, para en su lugar, declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes.

Definido lo anterior, se procederá a efectuar pronunciamiento frente a todas y cada una de las pretensiones planteadas en el libelo genitor.

Extremos de la relación laboral

En cuanto a la determinación de los extremos laborales, tal y como lo tiene sentado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 2700-2019, el hecho de presumirse la existencia del contrato de trabajo a raíz de haberse probado la prestación personal del servicio, en los términos del artículo 24 del CST, no exime al demandante de cumplir con otras cargas probatorias, como son los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario y el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros.

Para los casos en que no existe certeza del día exacto en que comenzó o finalizó la relación laboral, se debe acudir al criterio de nuestra CSJ entre otras en la sentencia SL 905-2013 la cual reiteró la sentencia bajo el radicado 22580 del 22 de marzo del 2006 en donde la Corte señaló lo siguiente:

"...en estos casos, en que no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrán dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Al respecto, en sentencia de la CSJ Laboral del 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, se dijo:

"(...) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podrá ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan.>

*En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; **de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000**, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000" (resalta la Sala).*"

Conforme a lo anterior y tal como lo dijo la Corte en la sentencia precitada "...si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado"

Para demostrar los extremos de la relación laboral, tal y como fue advertido con anterioridad, la Juez de conocimiento estableció que la prestación personal de la labora se había dado de la siguiente manera: (i) para el caso del demandante JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ se desarrolló entre el mes de abril de 2012 hasta mayo de 2015 y (ii) en el caso de JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ entre el mes de marzo de 2011 hasta mayo de 2015, por lo que aplicando la regla dada por la CSJ, se tendrá que el primero de ellos laboró por lo menos desde el último día de abril de 2012 y hasta el primer día de mayo de 2015.

Por tanto, se declara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ y CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. desde el **30 de abril del 2012 al 1° de mayo del 2015.**

Ahora, en lo concerniente a JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ, se tendrá que el primero de ello laboró por lo menos desde el último día de marzo de 2011 y hasta el primer día de mayo de 2015, así las cosas, se declara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ y CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. desde el **31 de marzo del 2011 al 1° de mayo del 2015.**

Salario

Respecto del salario, debemos indicar que tanto el representante legal de la demandada, los accionantes y los testigos Rodrigo Zamora Guerra, Wbaldo Zamora Zamora y Abraham Zamora Guerra, reseñan que el salario dependía de los metros cuadrados o lineales empañetados, quedando entonces demostrado que la modalidad de remuneración escogida por los contratantes fue a destajo o por unidad de obra,

conforme lo estipulado en el CST art. 132, subrogado por la L. 50/1990 art. 18, por lo que debió entonces la parte interesada demostrar el área empañetada mes a mes de vigencia de cada contrato y el valor de cada uno, a efectos de determinar el salario percibido, circunstancia que en efecto no se encuentra acreditada en el plenario.

Por lo anterior, debemos recurrir al salario el mínimo vigente decretado por el Gobierno Nacional para cada año laborado, máxime cuando el representante legal de la demandada confesó que los aportes del sistema de seguridad social se efectuaban sobre dicho valor y así se encuentra acreditado para el caso del señor JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ con la documental de folio 20 a 21, contentiva de certificación de aportes cotizado al SGSS en salud.

Por otro lado, se debe advertir que frente a las documentales obrantes a folios 12, 13, 14 y 16 se demostró, conforme informe técnico grafológico (fls.157 a 171), que las firmas impuestas no eran uniprocedentes con las firmas del representante legal y el sello impuesto presentaba discrepancias con el logo de la empresa para el momento, conclusión a la que llegó la Juez de instancia, pronunciamiento que tampoco fue objeto de apelación, por tanto, no se hará ningún pronunciamiento en esta instancia.

Excepción de prescripción

El término de prescripción conforme lo dispone el art. 488 CST es de 3 años, el cual se interrumpe por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.

Teniendo en cuenta que no se presentó reclamación ante la demandada, es claro que la prescripción sólo se interrumpió con la radicación de la demanda el 21 de agosto de 2015 (fol. 27), por lo que se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación a las acreencias laborales exigibles para ambos demandantes, con anterioridad al **21 de agosto de 2012**, salvo las cesantías pues su término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles, según criterio expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 472-2020.

Para el caso de las vacaciones se declara probada parcialmente respecto de JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ en relación a las exigibles antes del **21 de agosto de 2011**, en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020).

Se declara no probada la excepción de prescripción respecto de las vacaciones causadas por JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ, como quiera que, de acuerdo con lo aquí demostrado, la relación laboral de este sujeto procesal inicio el 30 de abril de 2012.

Acreencias laborales adeudadas

Se procede a estudiar las acreencias laborales pretendidas por el actor, teniendo en cuenta que la demandada no aportó ninguna prueba de haber pagado alguna suma de dinero al actor, 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 al señor JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ la suma de **\$1`803.021** por concepto de auxilio de cesantías durante la relación laboral.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Total (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2012	\$ 566.700	\$ 0	\$ 566.700	242	\$ 380.948
2013	\$ 589.500	\$ 0	\$ 589.500	360	\$ 589.500
2014	\$ 616.000	\$ 0	\$ 616.000	360	\$ 616.000
2015	\$ 644.350	\$ 0	\$ 644.350	121	\$ 216.573
Total Auxilio de cesantías					\$1`803.021

Respecto del señor JULIO MANUEL MEJÍA VELASQUEZ, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda la suma de **\$ 2.391.961** por concepto de auxilio de cesantías durante la relación laboral.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Total (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2011	\$ 535.600	\$ 0	\$ 535.600	271	\$ 403.188
2012	\$ 566.700	\$ 0	\$ 566.700	360	\$ 566.700
2013	\$ 589.500	\$ 0	\$ 589.500	360	\$ 589.500
2014	\$ 616.000	\$ 0	\$ 616.000	360	\$ 616.000
2015	\$ 644.350	\$ 0	\$ 644.350	121	\$ 216.573
Total Auxilio de cesantías					\$ 2.391.961

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 se adeuda al demandante JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ la suma de **184.125** por concepto de intereses a las cesantías durante la relación laboral.

Intereses a las cesantías			
Intereses a las cesantías exigibles	Valor cesantías	Días laborados	Valor intereses a las cesantías
31 enero 2013 (sobre cesantías 2012)	\$ 380.948	242	\$ 30.730
31 enero 2014 (sobre cesantías 2013)	\$ 589.500	360	\$ 70.740

31 enero 2015 (sobre cesantías 2014)	\$ 616.000	360	\$ 73.920
1° de mayo del 2015 finalizó contrato (sobre cesantías año 2015)	\$ 216.573	121	\$ 8.735
Total Intereses a las cesantías			\$ 184.125

En lo referente al señor JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ, realizadas las operaciones aritméticas se encuentra que al actor se le adeuda la suma de **\$221.399** por concepto de intereses a las cesantías durante la relación laboral.

Intereses a las cesantías			
Intereses a las cesantías exigibles	Valor cesantías	Días laborados	Valor intereses a las cesantías
31 enero 2013 (sobre cesantías 2012)	\$ 566.700	360	\$ 68.004
31 enero 2014 (sobre cesantías 2013)	\$ 589.500	360	\$ 70.740
31 enero 2015 (sobre cesantías 2014)	\$ 616.000	360	\$ 73.920
1° de mayo del 2015 finalizó contrato (sobre cesantías año 2015)	\$ 216.573	121	\$ 8.735
Total Intereses a las cesantías			\$ 221.399

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.

Las operaciones realizadas arrojan como valor adeudado por concepto de prima de servicios durante la relación laboral la suma de **\$1.705.423**, para caso de JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ.

Prima de servicios				
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Valor prima

01-07-2012 a 31-12- 2012	\$ 566.700	\$ 0	\$ 566.700	\$ 283.350
jun-13	\$ 589.500	\$ 0	\$ 589.500	\$ 294.750
Dic-13	\$ 589.500	\$ 0	\$ 589.500	\$ 294.750
jun-14	\$ 616.000	\$ 0	\$ 616.000	\$ 308.000
Dic-14	\$ 616.000	\$ 0	\$ 616.000	\$ 308.000
01-01-2015 a 01-05- 2015	\$ 644.350	\$ 0	\$ 644.350	\$ 216.573
				\$ 1.705.423

Las operaciones realizadas arrojan como valor adeudado al señor JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ por concepto de prima de servicios durante la relación laboral la suma de **\$ 1.705.423**.

Prima de servicios				
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Valor prima
01-07-2012 a 31-12-2012	\$ 566.700	\$ 0	\$ 566.700	\$ 283.350
jun-13	\$ 589.500	\$ 0	\$ 589.500	\$ 294.750
Dic-13	\$ 589.500	\$ 0	\$ 589.500	\$ 294.750
jun-14	\$ 616.000	\$ 0	\$ 616.000	\$ 308.000
Dic-14	\$ 616.000	\$ 0	\$ 616.000	\$ 308.000
01-01-2015 a 01-05-2015	\$ 644.350	\$ 0	\$ 644.350	\$ 216.573
				\$ 1.705.423

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 señalar 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 se encuentra que se adeuda al señor JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ la suma de **\$968.315** por la compensación de vacaciones durante la relación laboral.

Vacaciones -inició el contrato el 30 de abril de 2012				
Tiempo laborado – causación	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
30-04-2012 a 29-04-2013	30/04/2014	\$ 644.350	360	\$ 322.175
30-04-2013 a 29-04-2014	30/04/2015	\$ 644.350	360	\$ 322.175
30-04-2014 a 29-04-2015	01/05/2015 (terminó contrato)	\$ 644.350	360	\$ 322.175
30-04-2015 a 01-05-2015	01/05/2015 (terminó contrato)	\$ 644.350	2	\$ 1.790
Total Vacaciones				\$ 968.315

Respecto del demandante JULIO MANUEL MEJÍA VELÁSQUEZ Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas se encuentra que se adeuda al señor JOSÉ HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ la suma de **\$1.218.896** por la compensación de vacaciones durante la relación laboral.

Vacaciones -inició el contrato el 31 de marzo de 2011				
Tiempo laborado – causación	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
31-03-2011 a 30-03-2012	31/03/2013	\$ 644.350	360	\$ 322.175
31-03-2012 a 30-03-2013	31/03/2014	\$ 644.350	360	\$ 322.175
31-03-2013 a 30-03-2014	31/03/2015	\$ 644.350	360	\$ 322.175
31-03-2014 a 30-03-2015	01/05/2015 (terminó contrato)	\$ 644.350	360	\$ 224.628

31-03-2015 a 01-05-2015	01/05/2015 (terminó contrato)	\$ 644.350	31	\$ 27.743
Total Vacaciones				\$ 1.218.896

Indemnización por despido sin justa causa

De conformidad con lo establecido en el literal h) del artículo 61 del C.S. del T., el contrato de trabajo puede terminarse unilateralmente por una de las partes, siempre que medie una de las justas causas contempladas en el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, que modificó los artículos 62 y 63 del estatuto del trabajo, so pena de tenerse por finalizado por incumplimiento de lo pactado, en virtud de la condición resolutoria en él contenida, lo que da lugar al pago de los perjuicios, previamente tarifados en el artículo 64 del C.T. del T., en el evento de que su culminación se dé por una decisión unilateral e injusta del empleador.

Frente a éste tema, debemos recordar que desde tiempo atrás nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL 1166-2018 ha explicado que para el evento del despido y la procedencia de la indemnización en mención, al trabajador le corresponde demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y, a éste le incumbe acreditar la justificación del hecho o hechos que lo originaron, recordándose que para ello, no es suficiente la mera enunciación que hacen las partes de tales hechos en la demanda, la contestación o sus alegaciones, sino que la ley les impone, traer al debate judicial los elementos probatorios destinados a verificar que éstos acontecieron, como lo prescribe el artículo 167 del CG del P. aplicable al asunto por analogía del artículo 145 del CPT y SS.

En el caso bajo examine a partir de las pruebas obrantes en el proceso encuentra la Sala, que no existe prueba de que los demandantes hayan sido despedidos el 1º de mayo del 2015, por lo que la parte actora no cumple con su carga probatoria de demostrar el despido; razón por la cual se debe absolver de esta pretensión.

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías

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. 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 actuó 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 encuentra sala que el actuar de la demandada haya estado revestido de buena fe; por el contrario, lo que se evidencia es que trató de ocultar la existencia de la relación laboral, razón por la cual procede impartir condena por concepto de sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria.

Cuantificación sanción por no consignación de las cesantías

El numeral 3° del art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece 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 día de retardo.**

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ la suma de **\$16.176.920** por sanción por no consignación de las cesantías.

Sanción por no consignación de cesantías					
Cesantías causadas	Cesantías (Fecha en que se debían consignar)	Salario	Día de salario	Días en mora	Valor Sanción
2012	14-02-2013	\$ 589.500	\$19.650	317	\$6.229.050
		\$ 616.000	\$20.533,3	43	\$882.931,9
2013	14-02-2014	\$ 616.000	\$20.533,3	317	\$6.509.056,1
		\$ 644.350	\$21.478	43	\$923.554
2014	14-02-2015	\$ 644.350	\$21.478	76	\$1.632.328
					\$16.176.920

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ la suma de **\$17.021.870** por sanción por no consignación de las cesantías.

Sanción por no consignación de cesantías					
Cesantías causadas	Cesantías (Fecha en que se debían consignar)	Salario	Día de salario	Días en mora	Valor Sanción

2011	14-02-2012 (Prescrito desde 21-08-2012)	\$ 535.600	\$17.853,3	131	\$2'338.782,3
		\$ 589.500	\$19.650	43	\$844.950
2012	14-02-2013	\$ 589.500	\$19.650	317	\$6.229.050
		\$ 616.000	\$20.533,3	43	\$882.931,9
2013	14-02-2014	\$ 616.000	\$20.533,3	317	\$6.509.056,1
		\$ 644.350	\$21.478	43	\$923.554
2014	14-02-2015	\$ 644.350	\$21.478	76	\$1.632.328
					\$17.021.870

Ahora bien, respecto de las cesantías del año 2015, es necesario advertir que el contrato de trabajo que se demostró en el sub-lite, terminó antes de que se hiciera exigible al empleador la obligación de consignar las cesantías al correspondiente fondo, pues como ya se estableció la relación laboral finalizó en el caso de ambos demandantes, el 1 de mayo de 2015, razón por la cual no se condenará a la indemnización deprecada en lo correspondiente a este año.

Cuantificación indemnización moratoria

En cuanto a la indemnización moratoria, como quiera que el contrato de trabajo finalizó el 1º de mayo de 2015 y la demanda se presentó el 21 de agosto de 2015 (fol. 22), es decir, que se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, por lo tanto, se deberá condenar al demandado a pagar a cada uno de los demandantes un día de salario equivalente a \$21.478, por cada día de retardo desde el 2 de mayo de 2015 día siguiente a la terminación del contrato de trabajo y hasta el momento en que se efectúe el pago de las prestaciones sociales a las que fue condenada la sociedad CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S., aplicando para el efecto el parágrafo 2 del artículo 65 del C.S.T., en tanto se declaró que los demandantes devengaban un salario mínimo.

Indexación

Ante la evidente devaluación monetaria y teniendo en cuenta que las demora en el pago de las vacaciones no se encuentra incluido dentro de la indemnización moratoria se ordene que la suma adeudada por compensación de vacaciones se pague debidamente indexada desde la fecha en que se dio por terminado el contrato -1º de mayo de 2015 a la fecha en que se efectúe su pago.

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 noviembre de 2020, por el Juzgado 27 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 contrato de trabajo a término indefinido así: entre (i) JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ la sociedad CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. entre el 30 de abril de 2012 al 1º de mayo de 2015 y (ii) entre JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ la sociedad CONSTRUCCIONES

ARI ZAMORA S.A.S. entre el 31 de mayo de 2011 al 1º de mayo de 2015, cuyo salario fue el mínimo legal mensual vigente para ambos demandantes.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. a pagar al señor JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ las siguientes sumas de dinero:

- | | |
|--|--------------|
| • Cesantías | \$1` 803.021 |
| • Intereses a las cesantías | \$184.125 |
| • Prima de servicios | \$1.705.423 |
| • Compensación de vacaciones | \$968.315 |
| • Sanción por no consignación de cesantías | \$16.176.920 |

TERCERO: CONDENAR a CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. a pagar al señor JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ un día de salario equivalente a \$21.478 por cada día de retardo desde el 2 de mayo de 2015, día siguiente a la terminación del contrato de trabajo y hasta el momento en que se efectúe el pago de las prestaciones sociales a las que fue condenada.

CUARTO: CONDENAR a la sociedad CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. a pagar al señor JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ de manera indexada la suma adeudada por concepto de compensación de vacaciones, desde la fecha en que se dio por terminado el contrato de trabajo al momento en que se efectúe su pago.

QUINTO: ABSOLVER a CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante JOSE HUMBERTO CESPEDES SANCHEZ.

SEXTO: CONDENAR a la sociedad CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. a pagar al señor JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ las siguientes sumas de dinero:

- | | |
|--|--------------|
| • Cesantías | \$ 2.391.961 |
| • Intereses a las cesantías | \$ 221.399 |
| • Prima de servicios | \$ 1.705.423 |
| • Compensación de vacaciones | \$ 1.218.896 |
| • Sanción por no consignación de cesantías | \$17.021.870 |

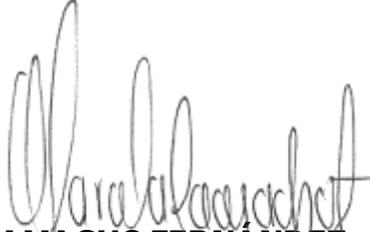
SEPTIMO: CONDENAR a CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. a pagar al señor JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ un día de salario equivalente a \$21.478 por cada día de retardo desde el 2 de mayo de 2015, día siguiente a la terminación del contrato de trabajo y hasta el momento en que se efectúe el pago de las prestaciones sociales a las que fue condenada.

OCTAVO: CONDENAR a la sociedad CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. a pagar al señor JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ de manera indexada la suma adeudada por concepto de compensación de vacaciones, desde la fecha en que se dio por terminado el contrato de trabajo al momento en que se efectúe su pago.

NOVENO: ABSOLVER a CONSTRUCCIONES ARI ZAMORA S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante JULIO MANUEL MEJIA VELASQUEZ.

DECIMO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1`000.000 a favor de cada uno de los demandantes, las cuales deberán ser liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP y de la SS.

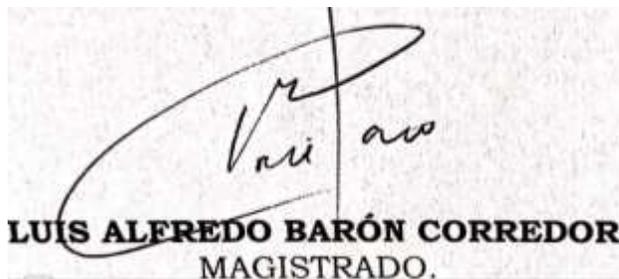
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: SANDRA SORAYA ROSAS ALVARADO
DEMANDADO: CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR
RADICACIÓN: 1100131050- 31-2019-00296-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO – ESTABILIDAD
OCUPACIONAL REFORZADA

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 FELIPE ROMERO MÉNDEZ, 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. SANDRA SORAYA ROSAS ALVARADO instauró demanda ordinaria contra la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, con fecha de inicio 12 de noviembre de 1996, que la demandada actuó de mala fe en el proceso de terminación del contrato de trabajo, que cuenta con estabilidad laboral reforzada, que fue despedida por sus limitaciones físicas, que el acuerdo celebrado el 16 de mayo de 2017 suscrito entre las partes en litigio es nulo, dado que se renuncia a derechos ciertos, irrenunciables e indiscutibles, que la terminación del contrato por ser injusta e ilegal es inexistente, que como consecuencia de lo anterior, se debe ordenar el reintegro al cargo que desempeñaba o a uno de igual o superior jerarquía, sin solución de continuidad, el pago de la sanción establecida en el inciso segundo del art. 26 de la ley 361 de 1997, consistente en 180 días de salario, junto con el pago de los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social, desde cuando se produjo la terminación del contrato hasta que se haga efectivo el reintegro, así como las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se vinculó con la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR el 12 de noviembre de 1996 para desempeñar el oficio de auxiliar de enfermería para el laboratorio clínico, labor que fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado por este, sin que se presentara queja o llamado de atención; que el salario fue de \$951.400 mensuales, que en junio de 2014 le diagnosticaron cáncer de seno y el 23 de julio tuvo la primera cita con el cirujano oncólogo; que por examen diagnóstico cáncer infiltrante de pito no especial grado 3 invasión linfovascular positiva RH de estrogénosis + del 95 fue remitida para la realización de 24 sesiones de quimioterapia y 17 radioterapias; que la incapacidad duro 18 meses, estuvo laborado 1 mes y la volvieron a incapacitar por otros 9 meses; que retornó a sus labores empezando en la sede 32 atendiendo a pacientes, que posteriormente fue trasladada a la sede de Kennedy para realizar funciones de archivo porque no podía estar con pacientes pues tenía las defensas bajas; que el 16 de mayo de 2017 fue citada a la oficina de talento humano y bajo presiones fue obligada a firmar un acuerdo de terminación del contrato de trabajo, por lo que el acuerdo tiene vicios del consentimiento, además que allí se renuncian a derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables; que desde el momento en que empezó a presentar quebrantos de salud la empresa comenzó a dar malos tratos y a poner barrera para que no fuera calificada su enfermedad, a omitir las recomendaciones médicas, al punto de no dar respuestas correctas y completas a COLPENSIONES; que la empresa tenía conocimiento de sus padecimientos de salud; que la empresa no solicitó permiso ante el inspector del trabajo para terminar el contrato de trabajo; que la empresa no ha pagado la sanción establecida en el art. 26 de la ley 361 de 1997 consistente en 180 días de salario, así como tampoco las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social.

2. Contestación de CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, salvo la contenida en el numeral primero que hace referencia a la existencia del contrato de trabajo y la fecha de inicio. Argumenta la demandada que el escrito de terminación de la relación laboral que existió entre las partes obedeció a un modo legal como lo fue el mutuo consentimiento, el cual se encuentra consagrado en el literal b) del art. 61 de CST y quedó plasmado en el acta de terminación del contrato pro mutuo acuerdo suscrita el 16 de mayo de 2017 ante la Notaria 38 del Circulo de Bogotá, en la cual la señora Rosas Alvarado manifestó su consentimiento puro y simple, sin expresar en el acto ninguna clase de inconformidad, recibiendo a satisfacción al valor de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales, así como la suma de \$14`984.550 m/cte por bonificación de retiro y la suma de dinero de 13`200.675 con el fin de contribuir con los aportes a seguridad social en salud y pensiones que se deban realizar con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo. Así mismo, señala que la entidad no ha actuado de mala fe, en vista que en el documento de finalización del contrato se reconoció que la demandante contaba con una condición de salud que le generaba una protección.

En cuanto al reintegro, señala que la demandante manifestó su intención de finalizar la relación laboral y en un acto de buena fe teniendo en cuenta los servicios prestados a la compañía, se aceptó la misma por lo que se procedió con la terminación de la relación laboral por mutuo consentimiento, por tal razón, mal puede pretender la demandante que se declare ineficaz su declaración de voluntad con el objeto de obtener el restablecimiento del contrato de trabajo, más aún cuando la voluntad de las partes está exenta de vicios del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo la de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación,

improcedencia de la declaración de nulidad de la terminación del contrato, buena fe, prescripción, compensación, enriquecimiento sin causa y cosa juzgada (fls. 123 a 159).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de septiembre de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes, vigente entre el 12 de noviembre de 1996 al 16 de mayo de 2017 y absolvió de las demás pretensiones incoadas en contra de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR (fls. 278 a 279).

Su decisión se basó en que dentro del plenario no existía discusión frente a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, señaló que la transacción conforme lo determina el art. 15 del CST, es totalmente válida salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles, que del acta de terminación del contrato de trabajo se observa que no se están transando prestaciones sociales o vacaciones, lo que las partes transaron fue la terminación del contrato de trabajo y que por el estado de salud de la demandante no se puede inferir que se esté en presencia de una persona carente de capacidad contractual, por lo tanto, la demandante podía negociar su renuncia. Aunado lo anterior, encontró acreditado que la demandante confesó que la voluntad de dar por terminado en contrato de trabajo surge de la demandante y no del empleador, afirmación que también se encontraba soportada con las declaraciones de los testigos Alexandra Castellanos, jefe de talento humano de la demandada, pues manifestó que fue la misma demandante fue la que buscó a la Gerente Tania Casanova para terminar el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, solicitud que fue aceptada por la empresa. De igual forma, se indica que la deponente Tania Casanova sostuvo que la demandante pidió una cita con ella y en donde le informó que se sentía enferma y que quería dejar de trabajar, por tal razón, dicho caso paso a talento humano. De acuerdo con lo anterior, se concluyó que la demandante haciendo uso de su autonomía podía tomar la decisión de dejar de trabajar, sin que la misma se haya dado por coacción o por algún vicio del consentimiento, pues fue ella misma la que solicitó dar por terminado su contrato de trabajo por mutuo acuerdo. Adicionalmente, se indicó que la demandante confesó que ello había sido así debido a que quería optar por el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Finalmente, señaló que no había lugar a dar aplicación a lo dispuesto en la ley 361 de 1997, pues en el presente caso no se puede hablar de despido, sino una negociación para dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre las partes.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que en el presente proceso se le vulneró el derecho de defensa y al debido proceso, en vista que no se corrió traslado de las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada. Aunado lo anterior, señala que hubo una apreciación inadecuada de la prueba, pues en el proceso se probó que el objeto del acta es ilícito, pues se transó sobre prestaciones sociales de la demandante que son derechos ciertos e indiscutibles, aun mas cuando no medio autorización por parte de la oficina del trabajo para la terminación del contrato. Por lo tanto, al no haber sido así se debe declarar la nulidad del despido.

A su vez, señala que el acta es ilícita por no cumplir con los requisitos de los contratos, pues el objeto y la causa son ilícitos, en vista que se debió solicitar permiso a la oficina del trabajo dada la condición de debilidad manifiesta de la demandante; que el acuerdo al versar sobre el pago de un bono de mera liberalidad y al no ser tenido en cuenta la debilidad manifiesta de la trabajadora, resulta ineficaz y hace procedente el reintegro

de la trabajadora así como el pago de los salarios dejados de percibir sin solución de continuidad.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito se ratificó en lo expuesto en la demanda teniendo en cuenta las pruebas, tanto documentales como las testimoniales que se practicaron a lo largo de este proceso, con las cuales, se pudo demostrar claramente que el acuerdo realizado entre las partes no cumple a cabalidad con la normatividad laboral, debido a que el documento sustenta sus bases en la renuncia a derechos laborales, ya que Compensar reconoce la debilidad manifiesta y es consciente de la condición de salud que padece.

5.2. Parte demandada. Refirió que le asiste total razón a la jueza de primera instancia al absolver a la encartada, ya que actuó con buena fe y lealtad en todo momento en relación con la actora quien manifestó su intención de finalizar la relación laboral, la cual fue estudiada y en un acto de buena fe se aceptó la propuesta de la actora para la terminación de la relación laboral por mutuo consentimiento con el reconocimiento de una bonificación, y una suma que iba destinada para que esta realizara el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social con el fin de que esta tuviera cobertura por parte del sistema.

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) ¿Hay lugar a declarar la nulidad del acta de terminación del contrato de trabajo por versar sobre derechos ciertos e irrenunciables de la señora SANDRA SORAYA ROSA ALVARADO? (ii) ¿Para la terminación del contrato se requería de autorización del Ministerio de Trabajo, dadas las condiciones de salud de la demandante? (iii) ¿Le asiste derecho a la genitora de la demanda a que se disponga el reintegro sin solución de continuidad a partir del 16 de mayo de 2017? y, finalmente (iv) ¿A la parte actora se le vulneró el derecho de defensa y el debido proceso al no corrersele traslado de las excepciones de mérito propuestas por la encartada?

Nulidad del acta de terminación del contrato de trabajo

Para resolver el problema jurídico, sea lo primero reseñar que no se encuentra en discusión dentro del plenario, pues no fue objeto de apelación, la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre SANDRA SORAYA ROSAS ALVARADO y la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR, durante el período comprendido entre el 12 de noviembre de 1996 y el 16 de mayo de 2017, tiempo en el cual la demandante desarrolló la labor de auxiliar de enfermería, con unas asignación salarial de \$951.400 mensuales.

La parte actora centra su inconformidad en que el acta de terminación del contrato de trabajo debe ser declarada nula habida cuenta que versó sobre derechos ciertos e indiscutibles y sin que se tuviera en cuenta su estabilidad laboral reforzada, por tal razón, la Sala procederá a establecer su validez.

Conforme a la documental arrimada al informativo se encuentra que en efecto las partes en litigio suscribieron el 16 de mayo de 2017 la denominada "acta de terminación del contrato de trabajo", tal y como se hace visible a folios 14, 163 y 164, a través de la cual se pactó la terminación del vínculo laboral a partir de la fecha de su suscripción, lo anterior, en virtud de lo previsto en el art. 61 del número 1 literal b) del CST. Como consecuencia de ello, le fue reconocida a la demandante sus acreencias laborales y una bonificación por retiro en cuantía de \$14`984.550, mas la suma de \$13`200.675 con el fin de contribuir con los aportes a seguridad social en salud y pensiones, cotizaciones que se debían realizar con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo.

Al respecto, tenemos que el artículo 15 del Código Sustantivo de Trabajo contempla que "es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles", así las cosas, debe entenderse por derechos ciertos e indiscutibles aquellos para los cuales no es necesaria una decisión judicial, pues su existencia no produce duda ni controversia alguna para su reconocimiento, por ello, la posibilidad de transigir y/o conciliar debe versar sobre derechos inciertos y discutibles, entendidos estos como meras expectativas o esperanza en su reconocimiento.

De acuerdo con lo anterior, corresponde establecer si en el acta de terminación del contrato de trabajo objeto de censura, se desconocieron derechos ciertos e indiscutibles de SANDRA SORAYA ROSAS ALVARADO, debido a su estado de salud.

La Sala decisión debe recordar 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 no puede acudir a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues dicha finalización corresponde al 16 de mayo de 2017. Lo anterior, como quiera 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.

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 del trabajador 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 el 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.

Así las cosas, tenemos que de los planteamientos esbozados por la encarta en su escrito de contestación, con meridiana claridad se advierte en primer lugar que, tal y como se afirmó en el libelo genitor, la señora SANDRA SORAYA ROSAS ALVARADO presentaba quebrantos de salud y motivo de ello le fueron expedidas constantes incapacidades médicas, es decir que la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR en ningún momento ha desconocido la situación de salud que aquejaba a la demandante en vigencia del contrato de trabajo.

A su vez, se observa a folios 90 y 91 certificación de incapacidades expedida a favor de la demandante, de fecha 7 de junio de 2018 en la que se avizora que desde el mes de enero de 2014 venía presentando incapacidades médicas interrumpidas hasta el mayo de la misma anualidad, sin embargo, desde junio de 2014 hasta agosto de 2015 se presentan incapacidades ininterrumpidas por 420 días. A partir de noviembre se siguen presentado incapacidades interrumpidas hasta el finiquito de la relación laboral, ello debido al diagnóstico de cáncer de mama.

Las anteriores circunstancias, sin dubitación alguna, deben ser consideradas como generadoras de la protección derivada por estabilidad ocupacional reforzada y por lo tanto, la parte actora, es sujeto de especial protección constitucional, lo que impedía efectivamente que la vinculación laboral fuera terminada por parte del empleador, sin embargo, se debe resaltar que conforme los términos en lo que se planteó el acta de

terminación cuestionada, el finiquito de la relación laboral obedece al mutuo acuerdo entre las partes.

Ahora bien, la Juez de primera instancia encontró acreditado a través de la confesión de la parte actora, que la propuesta de la terminación del contrato de trabajo surge por iniciativa de la trabajadora y no de su empleador, pues quería optar por el reconocimiento de la pensión de invalidez. Análisis probatorio que no fue objeto de censura por la parte apelante, por lo tanto, se tendrá por demostrado que ello fue así, más aún cuando con la prueba testimonial de la señora Tania Casanova da cuenta que fue la misma demandante la que la buscó para dar por terminada la relación laboral, por ende, dicha solicitud fue escalada a talento humano. De igual forma también fue escuchada la declaración de la testigo Alexandra Castellanos, jefe de recursos humanos de la demandada, quien afirmó que ante la solicitud de terminación del contrato de trabajo elevada por la demandante la empresa tomó la decisión de aceptar dicha propuesta con el ofrecimiento de una bonificación por retiro y otra suma de dinero para contribuir con el pago de los aportes a seguridad social en salud y pensiones.

De acuerdo con lo anterior y pese a no ser objeto de apelación, se debe hacer hincapié que la confesión declarada en primera instancia, no ha sido desvirtuada, en tanto los testigos Johan Gonzalez y Luis Gerardo Delgadillo al no ser compañeros de trabajo de la demandante, ni mantener relación directa con la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR, desconocían los hechos que rodearon la suscripción del acuerdo de terminación del contrato de trabajo.

Por lo anteriormente analizado, queda entonces claro que la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR era conocedora de la especial protección constitucional que gozaba la demandante dado su estado de salud y que la terminación del contrato de trabajo no fue un acto unilateral del empleador, a contrario sensu, se encuentra acreditado que el finiquito de la relación surge de una propuesta elevada por la entonces trabajadora y aceptada por su empleador, por lo que sin lugar a equívocos se encuentra acreditado que el vínculo terminó por la causal contemplada en el literal b) numeral 1 del art. 61 del CST, esto es, por mutuo acuerdo.

A pesar de lo anterior, y como fuera expresado con anterioridad, SANDRA SORAYA ROSAS ALVARADO contaba con especial protección constitucional, lo que conlleva a que a que la estabilidad laboral reforzada adquiriera una connotación de ser un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable, por ello y a pesar que la terminación del contrato surja como consecuencia de la misma expresión de la voluntad de la accionante, la misma no podía surtir efectos, pues ni siquiera la trabajadora a través de un expresión de voluntad libre, podía renunciar a las garantías mínimas a las que tiene derecho, pues estas revisten tal envergadura que no podían ser objeto de transacción, máxime cuando tampoco se demostró que al momento de su suscripción habían desaparecido de la trabajadora las circunstancias generadoras de la estabilidad.

Por otro lado, es preciso indicar que sentencia C-531 de 2000, declaró condicionalmente exequible un aparte del artículo 26 de la ley 361 de 1996, bajo el entendido que el despido o la **terminación del contrato** de trabajo por razón de la limitación del trabajador "no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización". Al respecto, se debe hacer notar que el artículo 26 de la ley 361 de 1997 no solo indica que se requiere del permiso del Ministerio del Trabajo en los casos de despido de trabajador, sino que es también obligación del empleador contar con su autorización cuando se pretenda terminar el vínculo laboral del trabajador sujeto de protección por la aludida causa.

Tenemos que por expreso mandato Constitucional y legal era deber del empleador solicitar y obtener por parte de la oficina de trabajo hoy Ministerio de Trabajo, permiso para terminar el contrato de trabajo de la señora SANDRA SORAYA ROSAS ALVARADO, situación que en el caso de autos no se evidencia, pues, no obra dentro del plenario constancia de trámite ante la entidad administrativa.

Así las cosas, dado que la transacción verso sobre derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables de la demandante SANDRA SORAYA ROSAS ALVARADO y en la medida que tampoco medio autorización por parte del Ministerio de Trabajo, en los términos del artículo 15 del CST se deberá declarar la ineficacia del acta de terminación del contrato de trabajo suscrita entre la partes el 16 de mayo de 2017 y como consecuencia de lo anterior, se dispone revocar la sentencia apelada, para en su lugar ordenar el reintegro de la demandante, al cargo del cual fue desvinculada o a otro de igual o superior jerarquía, siempre que sean compatibles con su estado de salud a partir del 17 de mayo de 2017, sin que para todos los efectos salariales, prestacionales, de vacaciones y de seguridad social haya existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

Ahora bien, atendiendo a lo dispuesto en el inciso 2º del art. 26 de la ley 361 de 1996 y de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, se condenará a la demandada al pago de una indemnización equivalente a 180 días de salario. Para efectos de su cuantificación se deberá tomar como último salario el reflejado en el acta de terminación (fl. 14), la certificación de pago de incapacidades (90 a 91) y la liquidación final del contrato de trabajo (fls 165), que no es otro que \$951.400, por lo tanto, esta indemnización asciende a la suma de \$5`708.400.

Prescripción

El término de prescripción conforme lo dispone el art. 488 CST es de 3 años, el cual se interrumpe por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.

Teniendo en cuenta que no se presentó reclamación ante la demandada, es claro que la prescripción sólo se interrumpió con la radicación de la demanda el 30 de abril de 2019 (fol. 95), por lo que se debe declarar no probada la excepción de prescripción como quiera que los condenas aquí impuestas se hacen exigibles a partir del 16 de mayo de 2017, es decir dentro del término trienal al que se refiere la norma.

Compensación

Como quiera que se declaró la ineficacia del acta de terminación del contrato de trabajo, en donde se le había realizado una concesión al demandante producto del finiquito del vínculo laboral por valor de \$28`185.225, el mismo deberá ser descontado de los valores resultantes a favor de la señora SANDRA SORAYA ROSAS ALVARADO como consecuencia del reintegro aquí ordenado.

Por las resultas del proceso se declaran no probados los demás medios exceptivos.

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 en la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2019, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su condenar a la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR a reintegrar a partir del 17 de mayo de 2017 a la señora SANDRA SORAYA ROSAS ALVARADO, al cargo del cual fue desvinculada o a otro de igual o superior jerarquía, siempre que sean compatibles con el estado de salud del demandante, sin que para todos los efectos salariales, prestacionales, de vacaciones y de seguridad social haya existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

SEGUNDO: CONDENAR a la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR a reconocer y pagar a SANDRA SORAYA ROSAS ALVARADO la suma de \$5`708.400 por concepto de indemnización contemplada en el art. 26 de la ley 361 de 1997.

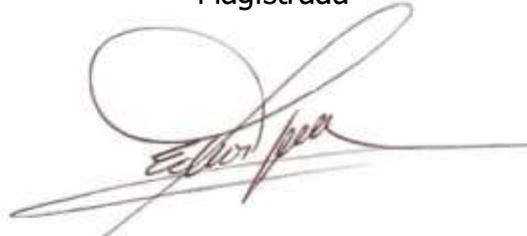
TERCERO: DECLARAR probada la excepción de compensación propuesta por la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR y no probada las demás conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias cargo de la parte demandada. En esta instancia se fijan como agencias en derecho la suma de \$1`500.000, las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

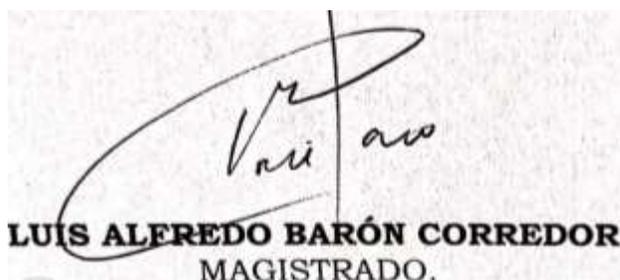
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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: *ANDREA CASAS SARMIENTO*
DEMANDADO: *VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S. y NOVA HOGAR LTDA.*
RADICACIÓN: *1100131050- 02-2016-00578-01*
ASUNTO: *APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE*
TEMA: *CONTRATO DE TRABAJO.*

Bogotá D.C, treinta (30) de abril de 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. ANDREA CASAS SARMIENTO instauró demanda ordinaria contra VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S. y NOVA HOGAR LTDA. con el fin de que se declare que entre estas dos empresas se realizó una sustitución patronal, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 20 de septiembre de 2009 al 17 de noviembre de 2015, que terminó por causa imputable al empleador; que como consecuencia de lo anterior, se deben pagar cesantías causadas más un día de salario por cada día de retardo de conformidad art. 99 de la ley 50 de 1990, la indemnización por despido injusto, los intereses a las cesantías por cada año laborado, las vacaciones y las primas de servicio causadas durante toda la relación laboral, sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, indexación, aportes a seguridad social en pensiones en la AFP Protección, así como las costas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que laboró para la empresa NOVA HOGAR LTDA. desde el 20 de septiembre de 2009 hasta el 17 de noviembre de 2015; que el contrato de trabajo fue verbal, el cargo ocupado fue el de operaria, devengando para el año 2011 un salario de \$800.000 y para el 2012 un salario de \$900.000.; que debía cumplir un horario de trabajo de lunes a viernes de 7 a.m. a 5 p.m. y sábados de 7 a.m. a 1 p.m.; que la empresa firmaba comprobantes de egreso como soporte del pago que se le hacía al trabajador de forma mensual como salario;

que la labor fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado; que durante la relación laboral no se presentó queja alguna o llamado de atención; que nunca se le consignaron cesantías a un fondo, nunca le fueron pagados los intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, no se afilió al sistema de seguridad social integral; que el administrador de la empresa expidió certificaciones laborales de fecha 6 de septiembre de 2011 y 21 de marzo de 2012 en donde consta cargo, fecha de inicio y cargo; desde el 1 de abril de 2015 se le informó a los empleador que la empresa VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S. sería su nuevo empleador sin dar por terminados los contratos de trabajo con NOVA HOGAR LTDA., presentándose sustitución patronal; que debido a la sustitución patronal desde el 1 de abril de 2015, los empleados continuaron realizando las mismas funciones en los mismo horarios y bajo la misma subordinación; que se presentó carta de renuncia el 17 de noviembre de 2015 por la presión psicológica generada por el señor Jorge E. Linares; que la empresa VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S. canceló la liquidación solo desde el 1 de abril de 2015 hasta el 17 de noviembre de 2015; desde la fecha de retiro no ha recibido su liquidación definitiva de prestaciones sociales, por concepto de servicios prestados desde el 20 de septiembre de 2009 hasta el 31 de marzo de 2015; desde la fecha de retiro no se ha cancelado ningún valor por concepto de indemnización por despido injusto.

2. Contestación de NOVA HOGAR LTDA. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando de la demandante nunca prestó servicios para la sociedad y que las certificaciones con fecha 21 de marzo de 2012 y 6 de septiembre de 2011, no fueron expedidas por la sociedad, sus propietarios o su representante legal. Señala que la sociedad VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S. si contrató a la demandante y la vinculo a través de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, sin que se entienda como consecuencia de una sustitución patronal. Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción (fls. 58 a 69).

3. Contestación de VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que la demandante el 1 de abril de 2015 se vinculó con la empresa a través de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año y desempeñó el cargo de operaria, con el cumplimiento de una jornada máxima legal; que dicha vinculación se realizó de manera directa y no como consecuencia de una sustitución patronal. En virtud de ello, a la demandante le fueron pagados los salarios en cuenta bancaria y el 17 de noviembre de 2015, fecha de presentación de la renuncia, le fueron canceladas las prestaciones sociales. Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls. 70 a 80).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de febrero de 2020, mediante la cual el Juzgado condenó a Nova Hogar LTDA. a pagar a la demandante \$4.425.399 por concepto de cesantías, \$504.561 por intereses a las cesantías, \$1`370.000 por concepto de prima de servicio, \$685.000 por vacaciones, \$29`942.410 por la no consignación de las cesantías a un fondo y \$21`900.000 por indemnización moratoria. A su vez, se condenó esta sociedad al pago de los aportes a pensión, al fondo de cesantías Protección S.A. por el periodo comprendido entre el 20 de septiembre del 2009 al 31 de marzo del 2015. De igual forma, se impuso

condena en contra de VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S. por la suma de \$122.040 por concepto de saldo de cesantías del año 2015 y se dispuso el pago de aportes a pensión por el periodo del 1 de abril al 17 de noviembre del 2015. Se absolvió de las demás pretensiones (fls. 142 a 144).

Su decisión se basó en que encontró demostrado que la demandante laboró para las demandadas desde el 20 de septiembre del 2009 hasta el 17 de noviembre del 2015, mediante un contrato de trabajo verbal, en una jornada de lunes a viernes de 7 de la mañana a 5 de la tarde y los sábados de 7 de la mañana a 1 de la tarde y que a partir del 1 de abril de 2015 se presentó una sustitución patronal entre la demandada Nova Hogar LTDA y Vibra Proyectos Mobiliarios S.A.S., hechos que encontró acreditados de acuerdo con los establecido en numeral 3 del artículo 31 del CPT y SS; pues para el efecto se tuvo como ciertos los hechos contenidos en los numerales 7, 16, 17 y 18 respecto de Nova Hogar Ltda. 1, 2, 6, 16 y 17 respecto de Vibra Proyectos. Señaló que la excepción de prescripción esta llamada a prosperar desde el 21 de septiembre del 2013 hacia atrás, con excepción a las cesantías junto con los intereses los cuales se hacen exigibles a la terminación de la relación laboral y las vacaciones las cuales prescriben dentro de los 4 años. Con relación al despido indirecto, indicó que del contenido de la carta de renuncia se puede establecer que la misma fue voluntaria y que en ella no se estableció que el motivo de la terminación haya sido por presiones psicológicas por parte del señor Jorge Enrique Linares, por tal razón no hay lugar al pago de la correspondiente indemnización.

Finalmente, señala que en el expediente no obra prueba que demuestre que NOVA HOGAR LTDA. haya actuado de buena fe, pues se sustrajo del pago de las prestaciones que le correspondían a la trabajadora como consecuencia de la terminación del contrato de trabajo, situación más que suficiente para que sea condenada a reconocerla por lo que deberá pagar la suma de \$30.000 diarios a partir del 1 de abril del 2015 y hasta el 31 de marzo del 2017, esto es, 24 meses tal como lo prevé la norma en cita, en atención a que la demandante devengaba más del salario mínimo y la demanda fue interpuesta dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandanda** interpuso recurso de apelación argumentando que su apelación se centrará en el desconocimiento y la tacha con efectos de nulidad de las certificaciones, propuesto por Nova Hogar en la contestación de la demanda. Al respecto señala que el señor Jorge Linares no se encontraba autorizado, según la cámara de comercio, para emitir certificaciones laborales, pues si bien él es cónyuge de la señora Sonia Tarazona, subgerente de NOVA HOGAR LTDA., lo cierto es que el no fungía directamente como un funcionario y mucho menos estaba autorizado para emitir esas certificaciones. Lo que se demostró con el acervo probatorio, es que la demandante aceptó haber trabajado directamente al servicio del señor Jorge Linares como persona natural y por tal razón no mantuvo vinculación laboral con NOVA HOGAR LTDA. Adicionalmente, señala que la prueba testimonial no logra demostrar los extremos temporales y también da cuenta que la demandante prestaba sus servicios era a favor de Jorge Linares.

Respecto a la sustitución patronal, señala que los objetos sociales de ambas demandadas son completamente diferentes y no se puede alegar que por el solo hecho de contar con el mismo domicilio tenga que ejecutarse la misma actividad, sumado al hecho que la demandante no fue contratada por la sociedad NOVA HOGAR

LTDA. Así las cosas, es claro que la demandante no continuó con las mismas funciones que estaba ejecutando al servicio del señor Jorge Linares, sino que, entra con una vinculación con una sociedad completamente diferente y con un objeto social totalmente diferente como lo fue VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S., hecho por el cual, no se podría entrar aceptar la sustitución patronal.

6. Alegatos parte demandante. Manifestó que de acuerdo con los medios de prueba aportados al proceso se encuentra acredita la prestación personal del servicio por parte de la Sra. ANDREA CASAS SARMIENTO con la empresa NOVA HOGAR LTDA y VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS desde el 20 de septiembre de 2009 y hasta el 17 de noviembre de 2015, con lo cual se demuestra la existencia de la relación laboral y con posterioridad la sustitución patronal que se dio entre las dos empresas. También refiere que las empresas demandadas, no suministraron un solo elemento de persuasión encaminado a desvirtuar la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de la prestación personal del servicio, motivo por el cual se debe declarar se debe declarar la existencia del vínculo laboral. Por otro lado, señala que se encuentra demostrada la sustitución patronal entre NOVA HOGAR LTDA y VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S, toda vez que se reúnen los requisitos para ello, por lo que se solicita que las demandadas sean condenas solidariamente.

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) ¿Debe declararse probada la tacha de falsedad de las certificaciones laborales de fecha 6 de septiembre de 2011 y 21 de marzo de 2012?, (ii) ¿Existió un contrato de trabajo entre Andrea Casa Sarmiento y NOVA HOGAR LTDA.? En caso positivo, (iii) ¿Se encuentran reunidos los requisitos para declarar la sustitución patronal entre NOVA HOGAR LTDA. y VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S. respecto de la demandante?

TACHA DE FALSEDAD Y DESCONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS

Al respecto, sea lo primero señalar que NOVA HOGAR LTDA. en su escrito de contestación de demanda solicita que las certificaciones laborales de fecha 21 de marzo de 2012 y 6 de septiembre de 2011 sean declaradas nulas en tanto las mismas no fueron suscritas por sus propietarios, representante legal o delegados.

De acuerdo con lo anterior, sea lo primero indicar que la incidentante no señala en su escrito si lo formulado corresponde a la tacha de documento por falsedad o simplemente se trata de desconocimiento de documentos.

Examinados los argumentos planteados, es claro que la pasiva no aduce que la información allí consignada contenga declaraciones contrarias a la verdad, lo que sin lugar a duda descarta que lo propuesto por apoderada de la sociedad NOVA HOGAR LTDA. sea una tacha por falsedad ideológica; tampoco señala el documento no provenga del otorgante o que se haya cambiado su contenido original, lo que elimina la posibilidad de formulación de tacha de falsedad material, sin embargo, al

sostenerse que las certificaciones laborales provenían de persona ajena a la sociedad, lo procedente era enunciar el desconocimiento de los documentos.

Así las cosas, encontramos a folios 11 y 18 del plenario certificaciones laborales que dan cuenta que la demandante laboró para NOVA HOGAR LTDA. como operaria desde el 3 de agosto de 2010, documentos que cuentan con sello y membrete de la sociedad demanda y se encuentran suscritas por el señor Jorge E. Linares, quien se anuncia como su gerente.

Revisado el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, visto a folios 15 a 17, se advierte que conforme junta de socios del 16 de noviembre de 2007 inscrita el 13 de febrero de 2008 fueron nombrados como gerente y subgerente los señores Carlos Julio Deaza Quintero y Sonia Tarazona Ordoñez respectivamente, aunado a lo anterior, no se observa que dicha junta haya sido removida o modificada para la fecha de expedición de las certificaciones laborales desconocidas. A su vez, la información contenida en el documento objeto de valoración probatoria, da cuenta que estas mismas personas detentan la calidad de socios.

De acuerdo con lo anterior, es claro que las certificaciones laborales no fueron expedidas por directivas o socios de la demandada NOVA HOGAR LTDA.

Ahora bien, se debe resaltar que el testigo JOSÉ MONTENEGRO, sostuvo que cuando él trabajaba en NOVA HOGAR LTDA. su jefe siempre fue el señor Jorge Linares y en su ausencia lo fue la demandante. Señala que los dueños de la empresa eran el señor Linares y su esposa que es la señora Sonia Tarazona Ordoñez.

De igual forma, el señor JUAN ORLANDO BARAHONA CANTOR señala que cuando laboró para NOVA HOGAR LTDA. sus jefes directos eran ANDREA CASAS SARMIENTO y el señor Jorge Linares. Cuando se le pregunta quién era Jorge Linares lo refiere como el dueño inmediato de Nova Hogar Ltda. y el jefe directo de la demandante.

También fue escuchado el testimonio del señor MIGUEL DAVID TORRES HERRERA, quien señala que trabajó en NOVA HOGAR LTDA. entre los años 2013 y 2014 e indica que su jefe directo fue el señor Jorge Enrique Linares.

De acuerdo con las anteriores declaraciones y a pesar de no haber sido demostrado que el señor Jorge Enrique Linares era representante legal o propietario de la sociedad NOVA HOGAR LTDA., es totalmente claro que ejercía labores de dirección o administración respecto a esta sociedad, al punto de señalarse de manera unísona que ostentaba la calidad de jefe.

En esas condiciones, tenemos que el señor Linares no era un tercero ajeno a la demandada, pues en el marco de sus funciones y en los términos del artículo 32 del CST, resultaba ser un representante del empleador y, por tanto, sus actos lo obligaban frente a sus trabajadores, por ende, lo que certifique sobre los extremos de la relación, sus características y las actividades realizadas por los trabajadores, debe ser plenamente valorado junto con los demás medio probatorios aportados en el decurso procesal.

Por lo anterior, no se acogen los argumentos expuestos por la recurrente y en consecuencia no hay lugar a declarar probado el incidente formulado por la apoderada de NOVA HOGAR LTDA.

SUSTITUCIÓN PATRONAL

El artículo 67 del CST establece que por sustitución de empleadores se entiende todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, **siempre que subsista la identidad del establecimiento**, es decir, en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.

Frente a este tema la CSJ ha indicado, entre otras, en la sentencia bajo el radicado N° 32416 del 2010, ratificada en la sentencia SL 443-2020, lo siguiente:

*"Para que la sustitución de patrono se configure en el derecho del trabajo, **es necesario que se continúe también por el asalariado la prestación de sus servicios**. Deben, pues, reunirse tres elementos: cambio de patrono, continuidad de la empresa **y continuidad del trabajador**. **Sólo así se entiende que exista continuidad también de la relación de trabajo, del contrato laboral**.*

Pero si alguno de estos requisitos falta, si, por ejemplo, no existe o no se demuestra la continuidad de la prestación de servicios por el asalariado, lógicamente no puede hablarse tampoco de sustitución de patrono, o en forma más concreta, no puede hablarse siquiera de patrono, porque éste sólo existe frente al otro sujeto de la relación de trabajo y no aisladamente considerado.

La institución de la sustitución del patrono ha sido creada porque la relación de trabajo es individual, entre personas, y no real, entre el asalariado y la empresa; pues si fuese de esta última índole, no necesitaría la ley establecer expresamente esa continuidad de patronos y la solidaridad entre el antiguo y el nuevo para el pago de las obligaciones a favor del trabajador..." (Gaceta del Trabajo, Tomo II, pág. 250).

La recurrente señala que no hay lugar a la declaratoria de la sustitución patronal entre NOVA HOGAR LTDA. y VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S., como quiera que: (i) los objetos sociales son disimiles entre sí, (ii) que la misma no opera por el simple hecho de contar con el mismo domicilio, (iii) la demandante no fue contratada por la sociedad NOVA HOGAR LTDA. y (iv) no continuó desempeñando las mismas funciones que desarrollaba cuando estaba vinculada con Jorge Linares.

Al respecto tenemos que la Juez de instancia concluyó que la demandante se había vinculado a través de un contrato de trabajo a término indefinido con NOVA HOGAR LTDA. desde el 20 de septiembre del 2009; que el 1 de abril de 2015 operó la sustitución patronal con VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S. y el 17 de noviembre del 2015 finalizó el contrato de trabajo por renuncia presentada por la señora ANDREA CASAS SARMIENTO, extremos temporales que no ha sido objeto censura por ninguna de las partes.

De igual forma, debemos reseñar que ante la falta de presentación de escrito de subsanación de la contestación de la demanda y en aplicación de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 31 del CPT y SS, se declararon como ciertos los hechos contenidos en los numerales 7, 16, 17 y 18 respecto de la demandada Nova Hogar Ltda. y numerales 1, 2, 6, 16 y 17 respecto de Vibra Proyectos Mobiliarios S.A.S, los cuales corresponden, en lo que interesa a este punto de apelación, que el 1 de abril

de 2015 se le informó a los trabajadores, entre ellos la demandante, que VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S. iba a ser su nuevo empleador sin que se presentara la terminación del contrato en virtud de la sustitución del empleador.

De acuerdo con ello, debe ser la parte demandada la que debe demostrar que los hechos declarados como ciertos por el juzgado de conocimiento en el auto de fecha 11 de mayo de 2017 (fl 121), no se acompañan a la realidad de acuerdo con las probanzas del presente juicio, es decir que le correspondía demostrar que no operó el cambio del empleador, no existió continuidad de la empresa y que la demandante no continuó desarrollando su misma labor, ello con la finalidad de desnaturalizar la figura de la sustitución patronal declarada.

Al respecto, tenemos que los testigos José Montenegro, Orlando Barahona Cantor, Miguel Torres Herrera y Wilmar Fabián Bocanegra Forero manifiestan que los mismos propietarios de la sociedad NOVA HOGAR LTDA. decidieron conformar otra empresa denominada VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S. y que la demandante fue vinculada laboralmente allí. A pesar de lo anterior ninguno de ellos reseña en qué fecha se constituyó la nueva empresa, cuáles fueron las funciones desarrolladas por la demandante al interior del VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S., si existió o no solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de ANDREA CASAS SARMIENTO entre una y otra empresa, y de otro lado, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, no se advierte que haya efectuado confesiones frente al tema objeto de estudio.

Conforme se avizora de los certificados de existencia y representación legal (fls 13 a 17) la sociedad NOVA HOGAR LTDA. tiene por objeto, entre otros, la compra y venta de todo artículo de remodelación de vivienda, tales como accesorios para baño, cocinas, tabletas, puertas y cocinas integrales; por su parte, VIBRA PROYECTOS INMOBILIARIOS S.A.S. en desarrollo de su objeto social fabrica mobiliarios de madera, madera artificial, resinas, corchos, y otros productos forestales, para cocinas, lavamanos, dormitorios y comedores, entre otros. Si bien, los objetos sociales no son idénticos, los mismos tampoco resultan excluyentes entre si y por ende no se puede concluir que no haya existido continuidad de la empresa, máxime cuando los deponentes Wilmar Fabián Bocanegra Forero, Miguel Torres Herrera, Orlando Barahona Cantor y José Montenegro señalaron que las empresas operaban en la misma dirección, hecho que también se corrobora con los certificados de existencia, pues allí se registra como dirección comercial la calle 5 Bis No. 68 B – 84 de la ciudad de Bogotá.

Se debe advertir que tal y como fue declarado por la Juzgadora de instancia, lo demostrado en juicio es que la demandante inicialmente estuvo vinculada a través de contrato de trabajo con la NOVA HOGAR LTDA. y no con el señor Jorge Linares, pues, como fue también advertido en esta providencia, él tan solo era un representante del empleador en los términos del art. 32 del CST.

Dadas las anteriores consideraciones y en la medida que la parte demandante no logró desvirtuar los elementos de la sustitución patronal, dado que esta se había dado por cierta en virtud de lo dispuesto en el art. 31 del CPT y SS, es del caso desestimar todos y cada uno de los argumentos planteados por la recurrente, debiéndose confirmar la sentencia apelada.

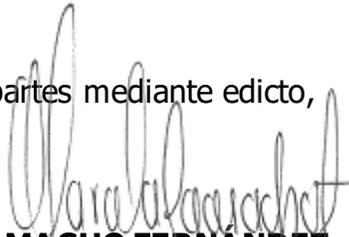
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de enero de 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000, las cuales serán liquidadas en primera instancia.

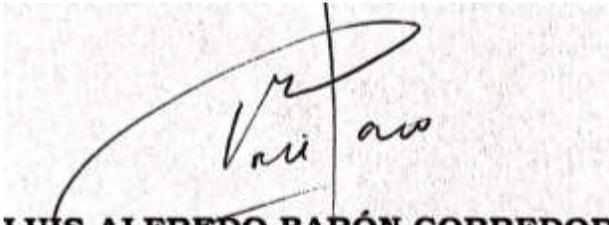
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
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: LIZ JANNETH ACOSTA DUARTE
DEMANDADO: HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A. HODECOL
RADICACIÓN: 1100131050- 26-2018-00419-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE Y
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. LIZ JANNETH ACOSTA DUARTE instauró demanda ordinaria contra HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A. HODECOL con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que inicio el 1 de julio de 2008 y culminó el 7 de enero de 2017, pese a que la demandada pretendió encubrirlo con un contrato de prestación de servicios o de corretaje; declarar que el salario promedio mensual fue de \$4`088.117 al momento de la terminación del contrato de trabajo, declarar que la demandada resolvió de manera unilateral y sin justa causa legal el contrato realidad el 7 de enero de 2017; como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicio causados desde el 1 de julio de 2008 al 7 de enero de 2017, indemnización por despido sin justa causa; indemnización moratoria consagrada en el art. 65 del CST, sanción por la no consignación de la cesantías a un fondo, aportes a pensión, salud y caja de compensación familiar correspondientes al salario realmente devengado por el trabajador, así como la indexación y costas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que ingresó a trabajar para Hoteles Decameron Colombia S.A.S. en Bogotá a partir del 1° de julio 2008 mediante una supuesta contraprestación de servicios independientes de corretaje comercial en el cargo de operador practico de campo OPC en Bogotá, trayendo consigo una determinada experiencia en el área de ventas de Mercado de turismo, teniendo en cuenta que había desempeñado labores para otras empresas del segmento de turismo;

que dicha labor consistía en ejecutar las estrategias y campañas de marketing para la venta de programas vacacionales en la ciudad de Bogotá y sus alrededores que le proporcionaba su jefe inmediato Janny Marcelo Tarazona Cubides; que captaba clientes en los centros comerciales, ofreciendo estrategias de mercadeo con el fin de obtener su atención y remitirlos a una sala de ventas dónde lo ofrecían el producto de vacaciones, que para el cumplimiento de las funciones utilizaba los salones de reuniones, stands publicitarios, oficinas, escritorios, implementos de oficina papelería computadores programas de software y celulares que el asignado a la demandada y en las circunstancias que están impusiera; que siempre debía rendir cuentas y recibir órdenes de un jefe inmediato que era el gerente de sala y mercadeo; que diariamente debía rendir cuenta a sus superiores, presentándoles un informe en cuanto a las actividades realizadas directamente; que recibía órdenes específicas del gerente de la sala y mercadeo en cuanto a la manera como debía realizar la labor asignada para la consecución de las metas mensuales que la compañía establecida; que por su labor recibía un pago un promedio mensual de \$750.000, los cuales eran cancelados directamente mediante cuenta débito de ahorros y sin tener que presentar cuenta de cobro o factura alguna; que el horario establecido era de 9 la mañana 5 de la tarde, con disponibilidad los 7 días de la semana y con un día de descanso remunerado entre semana, pero estando obligada asistir a las reuniones y comité que le impusiera su jefe inmediato; que a partir de enero 2011 fue promovida al cargo de supervisora de mercadeo en la ciudad de Cali; que a partir de ese momento comenzó a devengar un salario promedio mensual de \$1'200.000, con abono a cuenta bancaria; que comenzó a realizar además de las que habitualmente venía desempeñando las de capacitar, entrevistar en general como jefe de grupo de operadores de promotor de campo en la jornada de 9 de la mañana a 9 de la noche con disponibilidad de los 7 días de la semana; que debía responder por las metas de venta de su grupo de promotores; que además recibió sumas habituales por concepto de viáticos y bonificaciones por cumplimiento de venta; que para Julio 2011 regresó a Bogotá a seguir desempeñando su cargo de supervisora de mercadeo en los mismos términos y condiciones; que a partir de diciembre 2011 fue trasladada a Floridablanca – Santander en el mismo cargo dónde devengó la suma de \$2'096.382; que en octubre 2012 fue trasladada a Valledupar; que los meses de marzo a agosto 2014 fue trasladada a la ciudad de Montería; que a partir de septiembre 2014 a la ciudad de Cúcuta; que a partir del 2 de octubre 2016 se trasladó a la ciudad de Bucaramanga; que en diciembre de 2017 su jefe en Bucaramanga, Roberto Padilla le informó la decisión de terminar el contrato sin exponer justa causa legal; que el vínculo tuvo vigencia hasta el 7 de enero 2017; que la demandada nunca le pagó prestaciones sociales, vacaciones, ni la indemnización por justa causa; que mantuvo vigente el vínculo siempre que se firmara contratos de servicios directamente o a través de terceros; que siempre trabajo tiempo completo en las instalaciones de las ciudades donde desarrolló su labor y en forma exclusiva, para la demanda; que para ocultar el carácter salarial de los pagos reconocidos la demandada hacía transferencias bancarias desde otras cuentas y hacia una cuenta de ahorros del trabajador, usando como rótulo de referencia "abono por pago a proveedores"; durante la relación laboral la demanda hizo transferencias bancarias para el pago de salarios; que en los periodos correspondientes a Julio 2008 a diciembre 2016 la demandada recaudaba directamente las cotizaciones al sistema general de seguridad sociales y las efectuaba como si fuera una trabajadora independiente y sobre un salario inferior al que mensualmente devengaba; que algunos periodos lo hizo a través de la cooperativa de trabajo asociado Idear Futuro o Convenios Horizonte. Que, en los meses de octubre de 2008, noviembre de 2009 y octubre a diciembre de 2010 quedó por fuera del sistema de seguridad social pese a que seguía laborando para la demandada sin solución de continuidad.

2. Contestación de HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A. HODECOL

Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que entre lo acordado y ejecutado con la demandante fue un contrato de corretaje el cual tuvo como fecha de inicio el día 6 de enero de 2013, razón por la cual resulta infundado que se pretenda la existencia de una relación laboral, por lo anterior, no surgió para la sociedad la obligación de pagar prestaciones sociales, vacaciones ni indemnizaciones. Adicionalmente, señala que la demandante en ejercicio de su capacidad jurídica y en pleno uso de sus facultades mentales acordó libremente y sin que mediara ningún vivió del consentimiento la prestación de servicios independientes como corredora, contando siempre con autonomía e independencia, señala que la demandante también presentaba para el cobro de sus servicios cuentas de cobro, bajo un esquema tributario legal y propio de un servicio independiente. Propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, inexistencia de relación laboral entre las partes, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, prescripción y buena fe (fls. 149 a 175).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de noviembre de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró que entre LIZ JANNETH ACOSTA DUARTE y la sociedad HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A. HODECOL existieron cuatro existieron cuatro vínculos de carácter laboral, uno del 25 de Julio al 28 de noviembre 2007, otro del 12 diciembre 2007 al 4 de febrero 2008, otro del 27 de junio 2008 al 31 agosto 2008 y finalmente del 1º septiembre 2011 al 7 de enero 2017, como consecuencia de lo anterior, condenó a la demandada a pagar la suma de \$3'298.882 por cesantías, \$167.231 por concepto de intereses a las cesantías, \$1'025.974 por prima de servicios y \$512.987 por compensación de vacaciones sumas todas estas que deberán ser debidamente indexadas; de igual forma se dispuso el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliada la demandante esto es Protección de conformidad con la liquidación que para tal efecto realiza la correspondiente entidad, aplicando los intereses moratorios a que haya lugar respecto a los contratos del 25 de Julio al 28 de noviembre 2007 del 12 diciembre 2007 al 4 de febrero 2008 y el 27 de junio de 2008 al 31 de agosto 2008. Así mismo, deberá pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones del mes de septiembre de 2011 y desde del 1º de enero 2013 hasta el 7 de enero 2017, teniendo para tal efecto el salario mínimo mensual legal vigente para cada anualidad (fls. 202 a 203).

Su decisión se basó en que la parte demandante logró acreditar la prestación personal del servicio, lo anterior por cuanto todos los testigos fueron coincidentes al manifestar que la demandada en un principio como OPC quién era quien captaba clientes y los llevaba a las salas de ventas de la demandada, y con posterioridad realizó labores de supervisión y otras labores a favor de la demandada, situación que encontró acreditada con el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad demanda. De acuerdo con la certificación obrante a folio 45 del plenario, acreditó la existencia de 4 contratos de trabajo en los interregnos mencionados anteriormente, en vista que la demandada no había desvirtuado la presunción legal contenida en el art. 24 del CST. Respecto del salario, consideró que los extractos aportados de la cuenta de ahorros de Davivienda, no daban certeza respecto de los abonos por concepto de transferencia de fondos y pago de proveedores provinieran de la demandada por concepto de pago de salarios, por lo que determinó que su salario fue el equivalente a un mínimo. Respecto de la prescripción sostuvo que la demanda ordinario laboral fue radicada el 17 de octubre 2018, por lo que se declaró probada la excepción de prescripción parcialmente respecto derechos causados con anterioridad al 17 de octubre 2015, salvo lo relacionado por concepto de aportes a seguridad social y cesantías. Frente a la

indemnización moratoria y sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo, encontró demostrada la buena fe de la demandada al considerar que la demandada creyó que entre las partes existía una relación de carácter comercial que no generaba pago de prestaciones. En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa señaló que dentro del expediente no obra prueba alguna de la forma como finalizó el vínculo ni de quién provino la decisión, al tener la carga de la prueba la demandante y al no acreditar el hecho del despido absolvió de esta petición. Al no encontrar acreditados los pagos a seguridad social en pensiones dispuso su pago. Finalmente, dispone que ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda se indexen las acreencias objeto de condena.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que a partir de la contestación del derecho de petición dado a la parte actora no puede interpretar la existencia de cuatro contratos de trabajo, como lo hizo al juzgado, como quiera que los testigos Poblador y Tarazona en ningún momento manifestaron que se habían presentado interrupciones en la prestación del servicio, por el contrario señalaron que ellos no tenían descanso y que su labor era continua e ininterrumpida, lo que demuestra es una unidad de contratos. En cuanto al salario, señala que si bien los extractos bancarios allegados al proceso no son suficientes para demostrar que devengaba \$4'000.000 mensuales, lo cierto es que los testigos manifestaron que los pagos se hacían a través de diferentes entidades bancarias y jamás se demostró que la demandante tuviera más ingresos o trabajara para otras compañías. Recalca que esta es la única forma de demostrar los ingresos pues la demandada nunca le expidió ningún recibo, volante de pago, o certificación de pago, por lo tanto, debe colegirse que los valores reflejados en las certificaciones expedidas por el banco corresponden a los pagos que le realizaba la demandada y que luego de que sean promediados estos valores se determina el salario. Señala que contrario a lo sostenido por la juez, es claro que la demandada actuó de mala fe, la que se desprende del solo hecho de demostrar la existencia del contrato de trabajo, pues el contrato de corretaje fue una forma de encubrir la verdadera relación entre las partes, pues la contratación de la demandante tuvo razones diferentes a las establecidas en el art. 1340 del C.Co., pues si la demandante hubiese tenido la calidad de corredora lo lógico sería que estuviera realizando una labor encargada como contratista con total y absoluta independencia empleando sus propios recursos administrativos, económicos, su propio personal su propio sistema logística de ventas, publicidad, merchadising, lo que no se presentó pues todos estos elementos fueron suministrados por la demandada, de igual forma era Decameron la que imponía a la demandante la manera en que debía realizar su labor de ventas, entre otras. Respecto a la sanción por la no consignación de cesantías, señala que esta opera de manera automática con la demostración del contrato de trabajo, sin análisis de elementos de buena fe, por lo que se debe ordenar su reconocimiento. Respeto del despido sin justa causa, manifiesta que el retiro de la demandante no estuvo enmarcado dentro de las causas de terminación del contrato de trabajo contempladas en los artículos 62 y 63 del CST, por lo que se debe interpretar que le estás terminando el contrato sin justa causa, motivo por el cual opera la indemnización solicitada.

A su vez, la parte **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que la presunción del artículo 24 del CST si quedó desvirtuada como quiera que se demostró que las partes suscribieron contrato de corretaje, el que se rige por las normativas civiles y que tiene plena validez. Los contratos de corretaje generan una actividad como es la de presentar un eventual cliente y una retribución que es la comisión que se acuerda por la consecución parte del contratante y del respectivo cliente. Señala que

la subordinación fue desvirtuada no solo con los documentos allegados, sino con las declaraciones del representante legal y los testigos, pues el señor Tarazona afirma que le daba órdenes a la demandante, pero él mismo aclara que él también tenía contrato de prestación de servicios y en el caso del señor Poblador él afirma de manera clara que la actividad de la demanda era coordinar la consecución de unas eventuales familias para asistir a una charla que daban en la sala de ventas y que la señora Liz Janeth Acosa no ingresaba. Por otro lado, el testigo José Raúl Fuentes señaló que la demandante no tenía que ir a prestar el servicio porque ella se contaba con su equipo de trabajo para ejecutarlo, que si ella iba o no iba igual generaría su comisión de lograrse el negocio. Así las cosas, declarar la existencia de una vinculación laboral, resulta inapropiado en este proceso que está armado bajo una cantidad de supuestos como la misma la parte actora lo confiesa, presenta unos extractos bancarios pretendiendo demostrarlas unos ingresos superiores a cuatro millones de pesos cuando no se evidencia que estos hayan sido pagos efectuados por la demandada, de hecho la señora juez concluye la remuneración más no encuentra un documento donde efectivamente se demuestre dicho ingreso, por lo tanto, es claro que las condenas impuestas en cuanto a cesantías, intereses vacaciones y prima de servicios carecen de fundamento, pues no existió una relación laboral.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. Refirió que no hay duda en tanto que se encuentra demostrado, que la demandada vinculó al actor a través de un contrato de trabajo, que aunque disfrazado de contratos de prestación de servicios, nunca dejó de ser un verdadero contrato de trabajo por el principio de primacía de la realidad.

Indicó que no existió interrupción entre la finalización de unos contratos y el inicio de otros, y que particularmente, esa diferencia no es evidente, pues es factible establecer con exactitud y de forma precisa que día inició y cuál feneció el vínculo jurídico que ligó a las partes (del 1 de julio de 2008 y al 7 de enero de 2017), para lo cual en la demanda se pueden ver con claridad los extremos de una relación de trabajo subordinada, bajo la continuada dependencia y subordinación.

5.2. Parte demandada. En su escrito indicó que entre las partes existió una relación de índole civil, a través de la cual, la demandante en ejecución del contrato de corretaje presentaba potenciales y eventuales clientes, contrato que se ejecutó, sin que existiera ningún tipo de subordinación de HOTELES DECAMERON COLOMBIA SAS sobre la actora.

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) ¿Se encuentra desvirtuada por la parte demandada la presunción contenida en el art. 24 del CST?, (ii) en caso negativo, ¿Cuál fue el salario devengado por la demandante en vigencia del contrato de trabajo?, (iii) ¿Se encuentra demostrada la mala fe del demandado? (iv) ¿Procede la indemnización moratoria del art. 65 y sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo del art. 99 de la ley 50 de 1990? (v) ¿Demostró la parte demandante el despido?

Prestación personal del servicio

No existe discusión, pues no ha sido tema de apelación, que la demandante LIZ JANNETH ACOSTA DUARTE prestó sus servicios personales a HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A. HODECOL, no obstante, se debe hacer hincapié que la parte demanda cuestiona la existencia del contrato de trabajo, pues a pesar de la prestación personal del servicio, aduce que la vinculación de la demandante se realizó a través de un contrato de corretaje.

Por otro lado, la parte demandante no manifiesta oposición frente a lo resuelto en este asunto, no obstante, si plantea desacuerdo en lo que a las fechas de prestación del servicio se refiere, asunto en particular que será abordado en su oportunidad.

Carga probatoria

Como lo señaló la falladora de primera instancia, probada la prestación del servicio se debe dar aplicación a la presunción consagrada en art. 24 del CST, subrogado por el art. 2º de la Ley 50 de 1990, según la cual toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo; presunción amparada igualmente por el art. 53 de la Constitución Política que consagra la primacía de la realidad sobre formalidades, cuyos efectos no son otros que relevar al demandante de toda actividad probatoria en torno a la existencia del vínculo contractual, trasladándole la carga probatoria al demandado quien deberá acreditar que entre las partes se verificó un contrato de prestación de servicios, como lo señala nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencias de rad. 40270 de 2011, 39259 de 2013 y SL 1545-2019.

Subordinación

Para el fallador de primera instancia, la parte demandada no logró desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo, pues no demostró que la demandante no se encontrara subordinada.

El descontento de la parte recurrente gravita en la inadecuada valoración de los testimonios de los señores Jany Marcelo Tarazona, Oscar Fernando Poblador y José Raúl Fuentes, así como el contrato de corretaje aportado, pruebas con las que a su juicio se logra desvirtuar la enunciada presunción, demostrando que la demandante ejerció sus funciones de manera autónoma e independiente.

Una vez escuchada la declaración del señor Jany Marcelo Tarazona encuentra la Sala que el testigo refiere que fue jefe inmediato de la demandante en su momento, que la demandante fue promotora de captación, también se llamaba OPC "operador práctico de campo" y dentro de sus funciones estaba las de abordar clientes, invitarlos a participar en la estrategia de mercadeo y llevarlos a la sala de ventas. Manifiesta que la demandante empezó a crecer en la compañía y llegó a ocupar cargos como supervisión y dirección de mercadeo en algunas ciudades como Bucaramanga, Cúcuta y Medellín. Afirma que la demandante inicialmente se encarga de captar los clientes, después tenía que supervisar gente a su cargo y manejaba toda una operación en el área de mercadeo de captación de clientes. Indica el deponente que la accionante debía cumplir un horario, cuando era OPC tenía dos horarios 9 de la mañana a 3 de la tarde o de 3 de la tarde a 9 de la noche, trabajo de domingo a domingo. Relata que cuando Liz Janneth era supervisora tenía que estar todo el tiempo que estuviera abierta la locación y verificar que los promotores cumplieran sus horarios y que cuando fue Jefe de Mercadeo era la encargada de todos los puntos y las operaciones. Manifiesta que la demandante tenía que cumplir metas. Resaltó el declarante que, para el

desempeño de la labor, la compañía le suministrada al teléfono celular, papelería que se utilizaban a diario, uniforme y carné.

De igual forma, Oscar Fernando Poblador dio cuenta que la demandante tenía bajo su cargo los trabajadores OPC, ella tenía que capacitarlos y se encargaba de toda la parte de mercadeo, señala que la actividad laboral de Liz era dirigida por Mauricio Fonseca, Andrés Mantilla y Marcelo Tarazona, quienes a su vez le impartían órdenes y eran sus jefes. Señaló también que debía cumplir horario, que estaba sujeta al cumplimiento de metas y que para el desarrollo de la labor todos los elementos eran suministrados por la demandada.

Las anteriores declaraciones no reflejan en absoluto que la demandante prestara sus servicios de manera autónoma e independiente, por el contrario, estas pruebas testimoniales son demostrativas de la obligación de la demandante de cumplir un horario de trabajo, estaba sujeta a órdenes y contaba con jefes inmediatos, actos que no resultan acordes con la autonomía que debe reinar en los contratos de corretaje y que por el contrario, acreditan aún más la existencia de subordinación de la trabajadora, máxime, cuando los medios de convicción dan cuenta que para el desarrollo de la labor Hoteles Decameron Colombia S.A. HODECOL era quien le suministraba a la trabajadora todos elementos necesarios, tales como teléfono celular, papelería, uniformes y carné.

Si bien, el testigo José Raúl Fuentes, contrario a lo sostenido por los otros dos deponentes, señaló que la demandante podía escoger los puntos donde quería prestar el servicio y también dado el contrato que mantenía con la demandada, era quien decidía si podía ir o no a los puntos, sin consecuencia alguna ya que contaba con su propio equipo, lo cierto es que su dicho, no resulta relevante para desmentir las anteriores declaraciones, pues nótese que sus manifestaciones parten de la base que ellos eran pares y tenían las mismas condiciones contractuales. Adicionalmente se resalta que el deponente manifestó que no siempre prestaban los servicios en el mismo lugar que la demandante, lo que sin duda algún demuestra que el testigo no tenía pleno conocimiento o conocimiento directo de la forma en como la accionante desarrollaba su labor.

Señaló también la parte demandada, que la subordinación había sido desvirtuada con la declaración dada por el representante legal de la demandada. Frente a este punto, si bien en el interrogatorio que le fuera formulado a instancia de la parte actora, sin dubitación manifiesta que Decameron suscribió con la demandante un contrato de corretaje, regido por las normas civiles, ello en ningún momento constituye confesión por no cumplirse con los presupuestos previstos en el art. 191 del CGP, por ello, el propio dicho de la parte demandante está lejos está de tenerse en cuenta, máxime cuando ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella. Adicionalmente, esta declaración que coincide con la expuesta en la contestación de la demanda, no puede ser analizada de manera aislada, sino que por el contrario, el sentenciador se encuentra obligado a interpretarla de manera lógica y razonable, respecto al caudal probatorio allegado en debida forma al proceso, de tal suerte que es evidente que su dicho, por obvias razones se encuentra parcializado a favor de la entidad que representa y de ningún modo se puede partir de su afirmación para desestimar el petitum de la demanda, máxime cuando las declaraciones de los señores Jany Marcelo Tarazona y Oscar Fernando Poblador son contestes y dan cuenta verdaderamente como fue la ejecución del contrato.

Es necesario advertir también que, la presunción de existencia de contrato de trabajo tampoco se desvirtúa con la sola exhibición del contrato de corretaje celebrado entre las partes (fls. 177 a 182), a pesar de que allí se consigne que la labor desempeñada es autónoma e independiente, como quiera que precisamente lo perseguido en este proceso es la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad, debiéndose en apreciar lo que realmente sucede en el plano de la realidad, no en el formal, pues solo así el funcionario judicial adquiere convicción respecto a la naturaleza de los servicios prestados por una persona natural.

Lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes, sino las circunstancias que rodean la prestación de los servicios convenidos, tal y como lo ha enseñado en reiteradas oportunidades nuestra la H. Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, teniendo en cuenta que no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita desvirtuar la presunción que nació al probarse la prestación personal del servicio, es claro que no queda otro camino que confirmar la decisión proferida en primera instancia, en lo que a la existencia del contrato de trabajo se refiere.

Extremos temporales

Enrostra la parte demandante el hecho que el juzgador de primera instancia haya declarado la existencia de cuatro contratos de trabajo, cuando lo que se advierte es que se presentó una unidad de contratos.

En cuanto a la determinación de los extremos laborales, tal y como lo tiene sentado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 2700-2019, el hecho de presumirse la existencia del contrato de trabajo a raíz de haberse probado la prestación personal del servicio, en los términos del artículo 24 del CST, no exime al demandante de cumplir con otras cargas probatorias, como son los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario y el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros.

Para demostrar los extremos de la relación laboral, tal y como fue advertido con anterioridad, la Juez de conocimiento estableció que la prestación personal de la laboral se había dado desarrollado en los siguientes interregnos (i) del 25 de Julio al 28 de noviembre 2007, (ii) del 12 diciembre 2007 al 4 de febrero 2008, del (iii) 27 de junio 2008 al 31 agosto 2008 y finalmente (iv) del 1º septiembre 2011 al 7 de enero 2017, decisión que soportó en la comunicación de fecha 31 de enero de 2017 obrante a folio 45 del plenario, documental que en efecto da cuenta que entre las partes se desarrollaron varios contratos y que los mismos se ejecutaron en estas mismas fechas.

Por otro lado, se advierte que entre Liz Janneth Acosta Duarte y Hoteles Decameron Colombia S.A. fue suscrito contrato de corretaje, el 13 de enero de 2013, conforme se observa a folios 177 a 181 del plenario.

El testigo Jany Marcelo Tarazona manifestó sobre este punto de manera dubitativa que la demandante ingresó a trabajar en Decameron más o menos en el año de 2006, pero de ninguna manera señala que la señora Acosta haya prestado su servicio de manera ininterrumpida, pues el hecho de que se hubiera afirmado que se trabajaba de domingo a domingo, no quiere decir que el servicio haya sido prestado desde la fecha enunciada en la demanda y sin solución de continuidad, más aun cuando en su intervención adujo

que la demandante había suscrito varios contratos, sin que especificara las fechas y sin enunciación respecto a que hubiere existido o no interrupción alguna.

Por otro lado, Oscar Fernando Poblador señala que su vinculación con Hoteles Decameron se produjo en el año 2013 o 2014, por lo tanto, es claro que no conoce la fecha en que fue contrata la demandante, pues es evidente ni siquiera conoce la fecha exacta de su vinculación, por ende, tampoco podría dar fe que el contrato de la demandante se desarrolló sin solución de continuidad. Símil situación ocurre con el testigo José Raúl Fuentes quien no da claridad frente a las fechas de vinculación o desvinculación de la demandante.

De igual forma, de la declaración del representante legal de la demandada no se advierte confesión alguna en este sentido, pues el únicamente da cuenta de un contrato de corretaje, desvirtuado en este proceso, vigente entre el año 2013 y el 2017.

Así las cosas, la única prueba que revela los extremos temporales es la que sirvió de base a la juez de instancia para fulminar condena en contra de la aquí demandada, esto es, la certificación de folio 45, por lo tanto, al no haber sido demostrados por la parte actora otros distintos a los allí ilustrados, se deberá confirmar la sentencia apelada en lo que a este punto de apelación de se refiere.

Salario

Fue objeto de censura por el apoderado de la parte demandante el salario declarado en primera instancia, pues a su juicio, el mismo no puede corresponder al mínimo, cuando en los extractos bancarios se refleja otro monto. Por el contrario, la parte demandada señala que al no haber sido demostrado el salario no se podían impartir condenas en contra de Decameron por concepto de prestaciones sociales.

Decantado lo anterior, debemos indicar que el testigo Jany Marcelo Tarazona, indica que se les pagaban los días 10 y 25, y que a lo largo de la vinculación las consignaciones se hacían en el banco Av villas, BBVA y finalmente en Davivienda. Manifiesta que a la demandante se le pagaba un salario y comisiones, pero no señala cuál era su valor.

Oscar Fernando Poblador dice que no tenía conocimiento de cuál era el salario de la demandante, solo señala que ella tenía un sueldo garantizado y adicional a ello se le pagaban unas comisiones por ventas, para cuyo pago no era necesario presentar cuenta de cobro.

Raúl Fuentes, señala que a la demandante se le reconocían comisiones por ventas, pero manifiesta desconocer su valor.

Expuesto lo anterior, se considera que la conclusión a la que arriba la juez de instancia frente a este asunto es acertado, en la medida que si bien, fueron allegados extractos bancarios de la cuenta de la señora Liz Janneth Acosta Duarte durante los meses de septiembre de 2011 a diciembre de 2016 y allí se vislumbran consignaciones identificadas como "abono por transferencia de fondos", lo cierto es que no existe certeza alguna de quien es el precursor de dichas transferencia, más aun cuando los valores allí depositados no se acompasan con los salarios relacionados en el libelo genitor y que dijo la demandante devengar.

Adicional a ello, nótese que las trasferencias se realizan en fechas distintas a las que la demandada acostumbraba a realizar los pagos, según lo manifestado por el testigo

Jany Marcelo Tarazona y aunado lo anterior, de las pocas consignaciones realizadas los días 10 y 25 de cada mes y año, no se puede identificar un código de referencia que permita intuir que todas las transferencias realizadas a la cuenta de la demandante provengan de Hoteles Decameron. Nótese además que en los extractos se evidencian más de 2 abonos por mes, lo que resulta contrario a lo sostenido por el testigo anteriormente referenciado, quien señaló que la demandada realizaba los pagos de los salarios y las comisiones dos veces por mes y en la misma fecha, que eran los días 10 y 25 de cada mes.

Así las cosas, si bien es cierto, en juicio no fue demostrado que la demandante percibiera más ingresos o que eventualmente se le efectuaran consignaciones en su cuenta bancaria de Davivienda, también lo es que no existe medios probatorios que determinen que en efecto todas las consignaciones y transferencias reflejadas en los mentados extractos sean como consecuencia directa de su actividad laboral al servicio de Hoteles Decameron Colombia S.A.

A pesar de lo anterior, ello no quiere decir que ante la falta de demostración del salario argüido en el libelo genitor, el operador judicial deba desestimar el petitum de la demanda relacionado con la liquidación de las acreencias laborales, como así lo pretender hacer ver el apoderado de la parte demandada, pues como acertadamente lo indicó la juez de instancia, ante la demostración de la existencia de un contrato de trabajo, se debe establecer que su remuneración fue por lo menos la equivalente a un salario mínimo legalmente mensual vigente para cada anualidad.

Indemnización por despido sin justa causa

De conformidad con lo establecido en el literal h) del artículo 61 del C.S. del T., el contrato de trabajo puede terminarse unilateralmente por una de las partes, siempre que medie una de las justas causas contempladas en el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, que modificó los artículos 62 y 63 del estatuto del trabajo, so pena de tenerse por finalizado por incumplimiento de lo pactado, en virtud de la condición resolutoria en él contenida, lo que da lugar al pago de los perjuicios, previamente tarifados en el artículo 64 del C.T. del T., en el evento de que su culminación se dé por una decisión unilateral e injusta del empleador.

Frente a éste tema, debemos recordar que desde tiempo atrás nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL 1166-2018 ha explicado que para el evento del despido y la procedencia de la indemnización en mención, al trabajador le corresponde demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y, a éste le incumbe acreditar la justificación del hecho o hechos que lo originaron, recordándose que para ello, *no es suficiente la mera enunciación que hacen las partes de tales hechos en la demanda, la contestación o sus alegaciones, sino que la ley les impone, traer al debate judicial los elementos probatorios destinados a verificar que éstos acontecieron, como lo prescribe el artículo 167 del CG del P. aplicable al asunto por analogía del artículo 145 del CPT y SS.*

En el caso bajo examine a partir de las pruebas obrantes en el proceso encuentra la Sala, que no existe prueba de que la demandante haya sido despedida 7 de enero de 2017, por lo que la parte actora no cumple con su carga probatoria de demostrar el despido; razón por la cual se deberá confirmar la sentencia apelada.

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías

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. 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 y contrario a los sostenido por el demandante, 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 actuó 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 encuentra sala que el actuar de la demandada haya estado revestido de buena fe, por el contrario, lo que se evidencia es que trató de ocultar la existencia de la relación laboral; razón por la cual procede impartir condena por concepto de sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria y como consecuencia de lo anterior, se deberá revocar la sentencia apelada en este punto.

Cuantificación sanción por no consignación de las cesantías

El numeral 3° del art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece 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 día de retardo.**

Una vez realizadas las operaciones aritméticas y teniendo en cuenta la fecha de prescripción declarada por la juez de instancia, que valga la pena resaltar no fue objeto de apelación, las acreencias laborales **exigibles** con anterioridad al 17 de diciembre de 2015 se encuentran afectadas por este fenómeno, salvo las cesantías y aportes en pensión de acuerdo con las consideración allí esbozadas: Así las cosas, encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$7' 457.364,5** por sanción por no consignación de las cesantías.

Sanción por no consignación de cesantías					
Cesantías causadas	Cesantías (Fecha en que se debían consignar)	Salario	Día de salario	Días en mora	Valor Sanción
2015	14-02-2016	\$689.454	\$22.981,8	316	\$7.262.248,
		\$737.717	\$24.590,57	7	\$172.133,9
					\$7'434.382,7

Ahora bien, respecto de las cesantías de los años 2016 y 2017, es necesario advertir que el contrato de trabajo que se demostró en el sub lite, terminó antes de que se hiciera exigible al empleador la obligación de consignar las cesantías al correspondiente fondo, pues como ya se estableció la relación laboral finalizó el 7 de enero de 2017, razón por la cual no se condenará a la indemnización deprecada en lo correspondiente a dichos años.

Cuantificación indemnización moratoria

En cuanto a la indemnización moratoria, como quiera que el contrato de trabajo finalizó el 7 de enero de 2017 y la demanda se presentó el 17 de octubre de 2018 (fol. 25), es decir, que se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, se deberá condenar al demandado a pagar a la demandante un día de salario equivalente a \$24.590,57 por cada día de retardo desde el 8 de enero de 2017 día siguiente a la terminación del contrato de trabajo y hasta el momento en que se efectúe el pago de las prestaciones sociales a las que fue condenada la sociedad HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A. HODECOL, aplicando para el efecto el parágrafo 2 del artículo 65 del C.S.T., en tanto se declaró que el demandante devengaba un salario mínimo.

Indexación

Ante la evidente devaluación monetaria y teniendo en cuenta que las vacaciones no fueron objeto de indemnización moratoria, se deberá modificar la sentencia para en su lugar, ordenar que únicamente la suma adeudada por compensación de vacaciones se pague debidamente indexada desde la fecha en que se dio por terminado el contrato 7 de enero de 2017 a la fecha en que se efectúe su pago.

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 el numeral quinto de la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto absolvió de la sanción por no consignación de cesantías y la indemnización moratoria y como consecuencia de ello, **ADICIONAR** el numeral tercero de dicho proveído, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A. HODECOL a pagar a la señora LIZ JANNETH ACOSTA DUARTE las siguientes sumas de dinero:

- Sanción por no consignación de cesantías \$7'434.382,7

- Un día de salario equivalente a \$24.590,57 por cada día de retardo desde el 8 de enero de 2017, día siguiente a la terminación del contrato de trabajo y hasta el momento en que se efectúe el pago de las prestaciones sociales a las que fue condenada.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar disponer la indexación únicamente respecto a las vacaciones a partir del 7 de enero de 2017, conforme la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$878.000 a favor de cada uno de los demandantes, las cuales deberán ser liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP y de la SS.

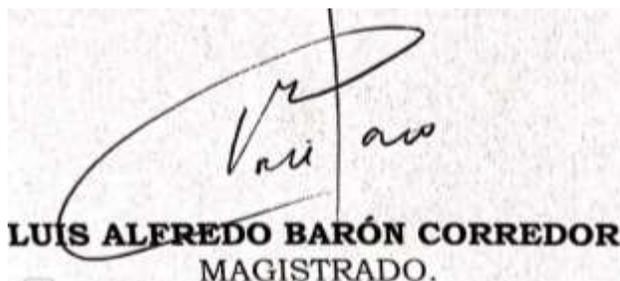
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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 INES AMAYA ESTUPIÑAN
DEMANDADO: EMILSE RIVERA y LUIS ANGEL VILLALOBOS
RADICACIÓN: 1100131050- 10-2017-00721-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES SOCIALES.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de 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. AURA INES AMAYA ESTUPIÑAN instauró demanda ordinaria contra LUIS ANGEL VILLALOBOS y EMILSE RIVERA con el fin de que se ordene el reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a las cesantías, compensación de las vacaciones, aportes a seguridad social en riesgos laborales y salud causadas en durante la vigencia del contrato de trabajo a términos indefinido, esto es desde el 7 de enero de 2012 al 2 de diciembre de 2013, así como la sanción legal por la no consignación de las cesantías a un fondo, intereses moratorios contenidos en el art. 65 del CST y por último la constitución de título pensiona a favor de Colpensiones por la no afiliación a pensión para la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se vinculó laboralmente con los señores EMILSE RIVERA y LUIS ANGEL VILLALOBOS a través de contrato verbal el día 7 de enero de 2012, prestando sus servicios personales como empleada de oficios domésticos bajo su continua dependencia y subordinación hasta el 2 de diciembre de 2013; que la asignación salarial devengada fue de \$500.000 mensuales; que al momento de la terminación del contrato de trabajo los empleadores no liquidaron las prestaciones sociales, ni las vacaciones, tampoco la afiliaron al sistema general de seguridad social integral, no recibió dotación y era objeto de malos tratos; que su horario de trabajo era de 6:00 a.m. a 10:00 p.m. sin tiempo de descanso; que debido al incumplimiento de las obligaciones patronales presentó renuncia voluntaria el 2 de diciembre de 2013 fecha para la cual se le adeudaba \$300.000 por concepto de salarios; que en comunicación de fecha 18 de febrero de 2015 presentó reclamación escrita a los demandados por lo que interrumpió la prescripción.

2. Contestación de EMILSE RIVERA y LUIS ANGEL VILLALOBOS. Dieron contestación a la demanda a través de curador ad – litem, en vista que en proveído de fecha 6 de julio de 2018 se dispuso su emplazamiento (fl. 41). El auxiliar de la justicia manifestó que se oponía a todas las pretensiones invocadas argumentando que para la prosperidad de las peticiones se debe aportar el correspondiente acervo probatorio. Propuso como excepciones de fondo la de necesidad probatoria (fls. 75 a 76).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de enero de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró probada la excepción de prueba necesaria propuesta por la parte demanda y como consecuencia de ello absolvió a EMILSE RIVERA y LUIS ANGEL VILLALOBOS de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra (fls. 108 a 109).

Su decisión se basó en que previo a definir si a la parte actora le asistía derecho a que se le reconocieran las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones deprecadas, debía establecer la existencia del contrato de trabajo entre las partes. Para el efecto señala que al expediente fueron aportados reporte de semanas cotizadas en pensiones y certificación expedida por la Nueva EPS S.A. de la cuales no se advierte que la demandante se encontrara inscrita al Sistema General de Seguridad Social por cuenta de los aquí demandados en virtud de un contrato de trabajo. Por otro lado, señala que del interrogatorio de parte no se puede derivar prueba alguna para la demostración de la existencia del contrato de trabajo, mas aun cuando su declaración se encuentran contradicciones en las fechas de inicio y terminación de la presunta vinculación laboral. Por otro lado, señala que de la declaración del señor Nelson Rozo no se pueden establecer la prestación personal del servicio, pues a pesar de señalar que vio a la demandante en la casa de los demandados con delantal y afirmó que ella era su empleada doméstica, lo cierto es que él nunca observó que se le dieran órdenes, nunca presenció que se le pagara un salario, no hizo referencia las funciones desempeñadas por ella, pues únicamente referencia que la vio en la casa de los demandados.

Que de acuerdo con lo anterior y ante la falta de demostración de la prestación personal del servicio, carga probatoria que se encontraba en cabeza de la demandante, no hay lugar a dar aplicación a la presunción establecida en el art. 24 del CST.

Finalmente señaló que, si en gracia de discusión de encontrarse acreditada la prestación del servicio, lo cierto es que no hay ninguna prueba que permita determinar extremos temporales, pues ni siquiera el testigo Nelson Rozo hace referencia a ello y por tal razón, no se encuentra acreditada la existencia de contrato de trabajo y por no hay lugar a impartir condena por concepto de la prestaciones, vacaciones e indemnizaciones.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante prestó su actividad personal en la casa de los demandados, que si bien no existe prueba para vincular a los demandados, lo cierto es que el testigo Rozo da cuenta de las labores desarrolladas por la señora AURA INES AMAYA ESTUPIÑAN, pues el siempre la vio con delantal, que dormía en la casa de los demandados y que siempre la vio temprano a las 6 de la mañana, por lo que se considera que se encuentra acreditada la prestación del servicio, por lo tanto solicita que sea revocada la sentencia impugnada.

5. Alegatos parte demandante: Señala que al escuchar el audio del interrogatorio de la demandante ella en ningún momento se contradice frente a las fechas en que se prestó el servicio, contrario a lo indicado por la juez de instancia, y

que si bien se equivocó al referenciar algunas de ella, lo cierto es que para ella es muy importante la pensión y no le daba importancia a los extremos de la relación laboral.

6. Alegatos parte demandada: Solicita que la sentencia sea confirmada, al considerar que la demandante se contradice con el testimonio e interrogatorio pues no se aportaron fecha cierta o presunta para celebrar ni terminar contractualmente la relación laboral

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 de la demandante y hay lugar a dar aplicación a la presunción contenida en el art. 24 del CST (ii) ¿Se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante AURA INES AMAYA ESTUPIÑAN y los demandados EMILSE RIVERA y LUIS ANGEL VILLALOBOS?, en caso positivo, (iii) ¿Hay lugar a 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, y 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 la apelante se cimentan en el hecho que la prestación personal por parte de la señora AURA INES AMAYA ESTUPIÑAN y a favor de los señores EMILSE RIVERA y LUIS ANGEL VILLALOBOS, se encuentra acreditada con la declaración del testigo Jorge Nelson Rozo, procede la sala de decisión a efectuar la correspondiente valoración probatoria.

Señaló el deponente JORGE NELSON ROZO que fue vinculado laboralmente por la Industria de Alimentos Caterin para desempeñar el cargo de conductor del señor LUIS ANGEL VILLALOBOS y que por esa razón conoció el día 22 de julio de 2013 a la demandante; señala que la señora AURA INES AMAYA ESTUPIÑAN laboraba en la casa del señor Villalobos ubicada en el barrio San José de Bavaria, que era interna y hacia los oficios varios de la casa. A pesar de lo anterior, afirmó el deponente que pocas veces ingreso a dicha residencia y que cuando lo hacía permanecía en el patio pues debía realizar el alistamiento de los vehículos y que no transportaba todos los días al señor Luis Ángel. Aunado lo anterior, señala que desconoce la clase de contrato existente entre las partes, nunca vio que a la señora AURA INES AMAYA ESTUPIÑAN se le impartieran órdenes, pues manifiesta que a ellos se les prohibía mantener contacto, aunado al hecho que él siempre se encontraba totalmente aislado y no escuchaba ninguna conversación.

De igual forma el declarante señala que desconoce cuál era la remuneración de la demandante, no sabe a partir de qué fecha empezó a prestar sus labores y mucho menos cual fue el motivo y la fecha de la terminación.

Conforme a lo anterior, podría en un principio concluirse que la prestación del servicio de la señora AURA AMAYA se encuentra acreditada con la declaración vertida, pues si bien es cierto el testigo JORGE NELSON ROZO no estuvo en contacto permanente con la promotora del litigio por habersele restringido el trato o interacción con las personas que se encontraban dentro de la residencia a la que algunas veces acudía a prestar su labor de conductor, no es menos cierto que, pudo observar en varias ocasiones como la promotora del litigio efectuaba la labor de oficios varios en la casa, lo que daría lugar a aplicar la presunción de existencia de contrato de trabajo contenida en el art. 24 del CST, como se pretende en la alzada. Ello independientemente de que al declarante le conste o no los extremos temporales, la remuneración devengada o la continuidad o periodicidad en la prestación del servicio, que se deben analizar a posteriori con fin de efectuar la liquidación de las acreencias perseguidas.

Sin embargo, no puede pasar por alto esta Sala que al testigo JORGE NELSON ROZO no le consta a favor de quien se realizó la labor prestada por la accionante, ni quien fue la persona que la contrató para prestar la labor de oficios varios; solo refiere haberla visto en aquella residencia a la que acudía a alistar el vehículo y recoger al señor VILLALOBOS. Afirma que nunca se enteró de nada de lo sucedido al interior de la vivienda en razón a que nunca escuchó ninguna conversación y jamás observó que se le impartiera orden o instrucción alguna a la señora AMAYA, por ende, resulta imposible aplicar la referenciada presunción en contra de los aquí demandados, máxime cuando no se tiene certeza de que fueran los únicos residentes de la vivienda.

Ahora, atendiendo lo dispuesto en el art. 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, para tal efecto, la parte actora allegó reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES (fls. 90 a 98) y registro de cotizaciones efectuados por concepto de cotizaciones en salud expedidos por la Nueva EPS S.A. (fls. 99 a 102), documental que de ningún modo demuestra la existencia de un contrato de

trabajo entre las partes en litigio, pues los señores LUIS ANGEL VILLALOBOS y EMILSE RIVERA dentro del historial de la demandante no registran como sus empleadores.

De acuerdo con las anteriores elucubraciones, debe indicarse que no fue allegada al proceso, prueba alguna que genere certeza a esta Sala de decisión acerca de la prestación personal del servicio que dijo haber desarrollado la señora AURA INES AMAYA ESTUPIÑAN a favor de EMILSE RIVERA y LUIS ANGEL VILLALOBOS, que permitan aplicar la presunción contenida en el art. 24 del C.S.T., como acertadamente lo concluyó la Juez de Instancia, por lo queda no queda otro camino que confirmar í el fallo apelado aunque por las razones aquí expuestas.

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 enero de 2019, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

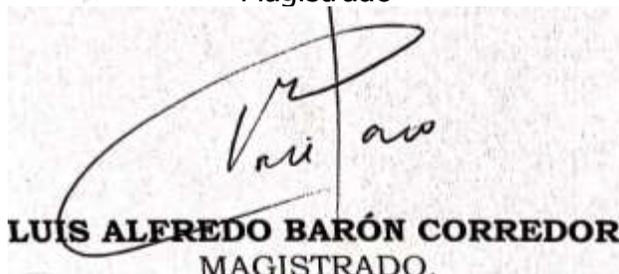
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
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: JAIME ANDRES GARCIA CUELLO
DEMANDADO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
E.T.B.
RADICACIÓN: 1100131050- 03-2017-00775-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE Y
DEMANDADA
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. JAIME ANDRES GARCIA CUELLO instauró demanda ordinaria contra EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ E.T.B. con el fin de declarar la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el día 4 de octubre de 2021 y finalizó el 18 de febrero de 2016 con ocasión a la renuncia provocada del actor y/o vicios del consentimiento; declarar la ineficacia de la renuncia presentada por no corresponder a un acto espontáneo de su voluntad y por ende, que el contrato de trabajo se encuentra vigente. Que como consecuencia de ello se condene a la demandada a la reinstalación al cargo que venía desempeñando el actor o a uno de similar categoría sin solución de continuidad, junto con el pago de salarios, aportes al sistema integral de seguridad social, indexación de las peticiones susceptibles de condena, el pago del daño moral causado al actor con ocasión de la renuncia provocada y/o con vicios del consentimiento, así como el pago de costas. De manera subsidiaria se deprecia el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que celebró contrato de trabajo a término indefinido en la modalidad de salario integral el 15 de mayo de 2012, para desempeñar el cargo de gerente de abastecimiento, que el salario a la terminación del contrato de trabajo ascendió a \$22´111´670; que en noviembre de 2014 fue creada por parte de ETB S.A. E.S.P. la vicepresidencia administrativa y de gestión humana, que posteriormente cambio al nombre de vicepresidencia de capital humano y cadena de abastecimiento, cargo que fue desempeñado hasta la culminación de la relación laboral; que la comisión de empalme de la nueva Alcaldía liderada por Enrique Peñalosa

solicitó en octubre y noviembre de 2015, informes detallados de las actividades a cargo de cada una de las vicepresidencias, entre ellas la liderada por el demandante; que en el mes de 2016, producto del cambio de Alcalde de Bogotá en ETB se produce el cambio de administración del nivel ejecutivo, asumiendo como nuevo presidente general de la sociedad el señor Jorge Castellanos Rueda; que el señor Jorge Castellanos Rueda inicia una labor de acoso personal y sistemático contra los miembros del comité de Presidencia que le reportaban a él directamente y que venían de la administración anterior; que el demandante gestionó reuniones con el nuevo equipo de trabajo con el fin de hacer proceso de empalme con la nueva administración; que las reuniones en lugar de generar retroalimentaciones positivas, generaron juicios de valor sin fundamentos descalificando el trabajo desarrollado por el demandante, que el 28 de enero de 2016 se realizó comité de Presidencia por parte de la encartada en el cual estuvieron presentes los vicepresidentes de la demandada, entre ellos, el demandante; que en dicha reunión se le indicó que debía entregar un listado de los miembros del equipo a su cargo organizando los primeros y segundos reportes por orden de valor de gestión para el equipo, con el fin de desvincular de la empresa a las personas que quedaron en la parte inferior de la tabla; que en dicha reunión se le indicó al demandante que a la empresa llegaría alguien que les enseñaría lo relacionado con servicio al cliente, compras, entre otros, descalificando abiertamente el profesionalismo del actor; que el 16 de febrero de 2016 el presidente convoca a reunión nuevamente para informar el retiro del vicepresidente financiero y del gerente de abastecimiento; que el señor Castellanos sin consultar solicita la renuncia del Gerente de Abastecimiento, que el señor Castellanos manifiesta abiertamente que ante la negativa del demandante a presentar renuncia, se desplegarían en su contra toda las actividades tendientes a obtener el retiro de la empresa; que en la misma reunión el señor Castellanos de manera personal solicita a todos los vicepresidentes la renuncia a su cargo, entregando para el efecto las cartas de renuncia previamente elaboradas por el Gerente de Gestión Humana señor Eduardo Charry, bajo la advertencia que quien no suscribiera las mismas serian objeto de investigación de tipo disciplinario e incluso penal por parte de la ETB; que ante la conducta persistente del presidente de la ETB el demandante se vio obligado a suscribir la renuncia previamente elaborada por el gerente de gestión humana el día 16 de febrero de 2016; que el demandante se vio afectado moral y psicológicamente como consecuencia del actuar del presidente de la ETB; que en reunión posterior el presidente de la ETB le manifestó que la renuncia le sería aceptada porque necesitaba su cargo y que no veía de qué manera podía encajar en el nuevo modelo de administración; que el retiro se efectuaría transcurridos 10 días desde la fecha de renuncia, sin embargo, su renuncia se aceptó a partir del 18 de febrero de 2016; que el 5 de diciembre de 2016 el demandante fue citado por el CTI a la unidad de delitos contra la Administración Publica diligencia a la cual se presentó el 7 de diciembre del mismo año a rendir interrogatorio dirigido a los procesos de contratación realizado en la ETB; que el 10 de enero de 2018 el fiscal del conocimiento desvinculó al demandante de la investigación por no encontrar merito o actuar irregular; que el 26 de mayo de 2017 se remitió derecho de petición a la ETB solicitando copia de la carta de renuncia al cargo desempeñado hasta el 18 de febrero de 2016, petición que no fue respondida, el 29 de junio de 2017 nuevamente radica en las instalaciones de la encartada derecho de petición reiterando esta solicitud, ante la falta de contestación presentó acción de tutela que fue de conocimiento del Juzgado 13 Penal Municipal con Función de Conocimiento y mediante fallo del 4 de agosto de 2017 se resolvió no tutelar en vista que se aportó la documental solicitada; se agotó reclamación administrativa el 19 de octubre de 2017 con radicación No. 320170044287; que la entidad al dar respuesta a la reclamación administrativa el 9 de noviembre de 2017 niega todas las peticiones.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Ésta fue notificada en debida forma (fol. 115); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ

E.T.B. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que el contrato de trabajo terminó el 18 de febrero de 2016 por renuncia libre, espontánea, carente de cualquier vicio del consentimiento, pues no se presentó error, fuerza o dolo al momento del acto de la renuncia, por lo tanto, no hay lugar a la reinstalación al puesto de trabajo. Propuso como excepciones de fondo la renuncia voluntaria sin vicios del consentimiento ajustada a derecho, inexistencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, prescripción, pago, compensación, actuación de buena fe por parte de la demandada, inexistencia de la obligación de pagar la indemnización moratoria, perjuicios o costas procesales y genérica (fls. 79 a 96).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de abril de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró que entre JAIME ANDRES GARCIA CUELLO y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ E.T.B. existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 15 de mayo de 2012 y finalizó el 18 de febrero de 2016 con motivo de la renuncia provocada, inducida y pedida por la parte del empleador y como consecuencia de ello se dispuso condenar al pago de \$62'797.142 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexado a partir del 19 de febrero de 2016 y hasta la fecha en que realmente se acredite su pago y condenó en costas a la demandada en la suma de \$2'500.000 (fls. 134 a 136).

Mediante providencia del 11 de diciembre de 2019, se dispuso corregir el numeral segundo de la sentencia proferida, para en su lugar establecer que el valor de la indemnización asciende a la suma de \$45'267.912.

Su decisión se basó en que se encontró acreditada la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 15 de mayo de 2012 y finalizó el 18 de febrero de 2016, que el cargo desempeñado por el actor fue el de Vicepresidente de Capital Humano y Cadena de Abastecimiento, con un salario integral de \$22'111.670. Señaló que la prueba testimonial no demostró que la voluntad del demandante tendiente a presentar la renuncia no estuvo precedida de fuerza o coerción, lo que si se logró demostrar fue que el contrato de trabajo del actor finalizó el 18 de febrero de 2016 con ocasión de la renuncia provocada, en tanto los testigos Carlos Alberto Gómez García, Carlos Eduardo Graham Sardi, Mauricio Moscobit y Eduardo Charry Gutiérrez indicaron que el 16 de febrero 2016 se llevó a cabo una reunión con el presidente de la ETB en donde habían sido citados todos los vicepresidentes de la entidad y que en dicha reunión se les había exigido la presentación de la renuncia, escrito que había sido previamente elaborado por la misma entidad, lo que conllevaba a que la renuncia no fue voluntaria, sino por el contrario fue insinuada y provocada. De acuerdo con lo anterior, dispuso el pago de la indemnización por despido sin justa causa y desestimó la pretensión que tenía por objeto el reintegro al calificar el mismo como inconveniente frente a la forma de trabajo en que la nueva administración desarrolla sus políticas y ejecuta los planes de la entidad, porque el presidente de la administración debe trabajar mancomunadamente con el personal directivo quien además debe ser de su entera confianza, de manera que no vengán contaminados con otras políticas, proyectos u objetivos de la administración pasada, pues se trata de trabajadores de dirección confianza o manejo. Frente a los daños morales señaló que el demandante no había demostrado las supuestas aflicciones que sufrió como consecuencia del despido, por lo tanto, se abstuvo de impartir condena por este concepto.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación con la finalidad que se modifique la sentencia respecto de los numerales 2 y 3 y como consecuencia de ello, se ordene la reinstalación del demandante y a su vez se accede al daño moral. Argumentó la parte demandante que en la demanda se planteó la existencia de dos eventuales causales que dieron lugar a la rescisión del contrato de trabajo, una es la renuncia provocada o en su defecto la existencia de vicios del consentimiento, el error del Juzgado estuvo en confundir el reintegro con la reinstalación, pues la primera de ellas debe ser expresa y al no estar consagrada en la ley, convención o pacto colectivo la acción de reintegro es inexistente. Señala que no es motivo de discusión la renuncia inducida, por lo tanto, lo procedente es dar aplicación a lo dispuesto en el art. 140 del CST. Indica que erró el juez de instancia al considerar la inconveniencia o inviabilidad del reintegro, cuando era la parte demandada la que debía alegar razones poderosas que hacían inconveniente restablecer la relación de trabajo y no lo hizo, sumado a ello se tiene que en la demanda nunca fue solicitado el reintegro, se interpretó la demanda de acuerdo a la contestación dada por la ETB, pues lo peticionado es la reinstalación Y como consecuencia solicita que se declare la ineficacia de la terminación y se ordene el pago de salarios y aportes. En virtud de las facultades extra petita se disponga el pago de las vacaciones.

Respecto a la no acreditación de los perjuicios, señala que para que proceda el resarcimiento de la reparación del daño moral, se debe analizar la conducta que tuvo la empleadora al momento de la rescisión del contrato, lo manifestado por los testigos quienes indicaron que no era normal que todos sus directivos se les exigiera la renuncia invocando situaciones éticas o profesionales, su situación familiar, un hijo menor de edad, una esposa embarazada, hechos que a todas luces le generaron una afectación a derechos que generan una congoja, sumado al hecho que la ETB ha utilizado todo tipo de descalificativos contra el demandante, indicando que la gestión de los vicepresidentes fue deficiente, al punto que fue allegada una publicación de un diario de amplia circulación nacional en donde el presidente de la ETB, pasado un mes, descalificó la gestión anterior y con ello toda la posición directiva que tuvo el anterior administrador o presidente. Por lo tanto, es claro que se afectó la estabilidad relativa en el empleo, la estabilidad familiar, por lo que solicita la aplicación art. 16 ley 448 del 1998 esto es la reparación integral cuando se acude a la jurisdicción.

Finalmente, solicita la modificación de las costas pues no se acompañan con la realidad del proceso, la oposición categórica injustificada con el demandante y con las probanzas del proceso.

Por su parte, la **demandada** también interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque parcialmente la sentencia y para tal efecto argumentó que dejando atrás toda discusión frente a vicios del consentimiento por fuerza respecto de la suscripción de la renuncia, señala que este acto fue totalmente voluntario y espontáneo pues son los mismos testigos los que indican que si no se firmaba la carta de renuncia no pasaba absolutamente nada, inclusive podían redactar otra si querían y ello es una clara expresión de la espontaneidad en la presentación de la renuncia y el hecho que se encontrara una carta sobre una mesa que en silencio se entrega no viola la espontaneidad y tampoco puede entenderse como una imposición, pues el actor se encontraba en libertad de omitir entregarla si quería y tampoco era necesario que la renuncia fuera elaborada por puño y letra del actor, pues señala que el testigo Mosco, también vicepresidente indicó que él no había presentado la renuncia y no ocurrió nada, él fue despedido e indemnizado, señala que para el caso de Diana Barón, ella presentó renuncia y no pasó nada, por su parte Carlos Graham Sardi presentó renuncia y la

misma no le fue aceptada. Finalmente alude que si bien el precedente vertical constituye fuente de derecho, el mismo no se presenta con la sentencia 20074 de 2013 que invoca el juez.

6. Alegatos partes.

6.1. Parte demandante. En su escrito indicó que analizando las pruebas legal y oportunamente practicadas señaló el a quo que la SL de la CSJ sostiene que la renuncia provocada, insinuada y aparente no tiene tal fuerza para calificarse como un retiro espontáneo del trabajador; en tal virtud, que se demostró con las declaraciones de Carlos Eduardo Graham, Carlos Alberto Gómez García, Mauricio Vasco Moscovith y Diana Barón, que la renuncia presentada carece de las características anotadas, aunado a que quedó suficientemente ilustrado que un representante de la ETB S.A. E.S.P. Dr. Eduardo Charry – Gerente de Gestión Humana fue quien elaboró y entregó para firma a todos los Vicepresidentes de la demandada la renuncia con fecha del 16 de febrero de 2016.

Agregó que acertó el Juzgado al precisar que no se indagó al momento de suministrar el formato de renuncia al demandante, sobre sus condiciones personales, como era que su esposa estaba en estado de embarazo y que era y es el actor quien suministra la manutención de su grupo familiar; que a pesar que la encartada se esforzó en su escrito de respuesta a la demanda y a lo largo del proceso para demostrar que existió un tipo de “Renuncia protocolaria” esta es para empleados públicos y con vinculación de libre nombramiento y remoción, inaplicable a las relaciones de trabajo regidas por el CST.

6.2. Parte demandada. Alegó que no sabe dónde el juzgador de primera instancia encontró esta figura en el caso del señor exvicepresidente de la ETB, doctor Jaime Andrés García Cuello, asistido única y exclusivamente por un par de renglones de la sentencia 20074 de 2003, a lo que llamó presente vertical y en solitario la constituyó en soporte jurídico para fallar parcialmente a favor de las pretensiones, misma incluso, que, al ser analizada en su integridad, tampoco lo hubiera llevado a la errada conclusión.

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) ¿La renuncia presentada por el demandante fue un acto voluntario y espontáneo o si por el contrario la dimisión se produce como consecuencia de una renuncia inducida o sugerida? (ii) ¿Le asiste derecho al demandante a la reinstalación al puesto de trabajo, junto son las implicaciones económicas que ello conlleva? (iii) ¿Le asiste derecho al actor al pago de los perjuicios morales? y (iv) ¿Hay lugar a modificar la cuantificación de las costas?

Existencia del contrato de trabajo

No es objeto de discusión en esta instancia la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, el cual estuvo vigente entre el 15 de mayo de 2012 al 18 de febrero de 2016, que la modalidad de remuneración fue salario integral

que para el momento de la desvinculación ascendió a la suma de \$22` 111.670 y que el cargo desempeñado fue el de vicepresidente de capital humano y cadena de abastecimiento.

Terminación del contrato de trabajo

No queda duda alguna que la terminación del contrato de trabajo se dio con ocasión de la renuncia presentada por el demandante señor Jaime Andrés García Cuello el 16 de febrero de 2016 (fl. 71), la que fuera aceptada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.T.B. a través de misiva del 18 de febrero de 2016 (fl. 59).

A pesar de lo anterior, tenemos que tanto las pretensiones de la demanda, como las argumentos esbozados por la parte actora dentro de su recurso de apelación, se cimantan sobre la necesidad de declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo dados dos supuestos, el primero de ellos, que la renuncia no puede ser entendida como un acto espontáneo de su voluntad y segundo, que dicho acto presenta vicios en su consentimiento, dado que el entrante presidente de la demandada para el 16 de febrero de 2016 le solicitó la renuncia a todos los vicepresidentes de la fecha, dentro de los cuales se encontraba el demandante, bajo la amenaza que de no ser ello así se desplegarían en su contra investigaciones disciplinarias e incluso penales.

Previo a efectuar la valoración del caudal probatorio recaudado en el curso del proceso, surge la necesidad de traer a colación la sentencia SL4377-2020 del 26 de octubre de 2020, en donde se indicó:

“(...) corresponde recordar que la renuncia inducida es aquella decisión que en apariencia es libre y espontánea, pero en la praxis estuvo viciado su consentimiento. Por tanto, en este evento, aunque no se exige que se expongan al momento de terminar la relación los motivos que conducen a renunciar, como ocurre con el despido indirecto, sí corresponde a la parte que la alega, demostrar que su voluntad estuvo viciada por la conducta asumida por el contratante.

En tal sentido se pronunció esta Corporación, en sentencia CSJ SL, 6 abr. 2001, rad. 13648, retirada en CSJ SL1352-2020, al señalar que:

[...] los conceptos “renuncia inducida o sugerida” y el “despido indirecto o auto despido”, son totalmente independientes y con caracteres bien definidos.

En el primero de los eventos señalados, la libre y espontánea voluntad del trabajador encaminada a obtener el rompimiento del vínculo contractual, a que debe obedecer toda renuncia, se encuentra viciada por actos externos, tales como la fuerza o el engaño. Actos que, como se ha dicho, cuando provienen del empleador lo constituyen en el único responsable de los perjuicios que la terminación contractual cause al trabajador, como verdadero promotor de ese rompimiento (sent. mayo 31 de 1960, G.J. PAG. 1125). No se requiere, en este caso, que a la terminación del contrato el trabajador manifieste los verdaderos motivos que lo inducen a renunciar; pero, en el eventual proceso sí tiene la carga de demostrar que su voluntad estuvo viciada al momento de romper el vínculo contractual por una cualquiera de estas conductas asumidas por el empleador”.

(...)

“En ambos casos, como es el trabajador quien exterioriza una voluntad dirigida a finiquitar la relación contractual, es quien corre con toda la contingencia de demostrar, o que su real voluntad se vio afectada por actos externos y eficientes de su empleador tendientes a obtener su dimisión y que, por lo tanto, es el verdadero gestor de la terminación de contrato, caso en el cual se estaría frente a una renuncia inducida o constreñida; o que, su empleador incurrió en cualquiera de las causales de terminación del contrato contempladas en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, señaladas en la carta de renuncia”

Dilucidado lo anterior, tenemos que fue escuchada la declaración del testigo Carlos Alberto Gómez, quien manifestó que laboró para la demandada el día como Vicepresidente de Hogares y Personas, dice que el día 16 de febrero de 2016 se convocó a una reunión en la sala de junta, en donde se les informó que se había hecho una mala administración razón por la que se les iba a pasar una carta de renuncia a todos los vicepresidentes y la justificación era que había habido un cambio de administración. Señala que el señor Eduardo Charry, gerente de talento humano de la época había hecho entrega de las cartas de renuncia a cada uno de los allí presentes.

Por su parte, Carlos Eduardo Graham Sardi, vicepresidente de Experiencia al Cliente para la época de los hechos debatidos en el presente juicio, señaló que la terminación del contrato de trabajo del demandante se dio por firma carta de renuncia. Para el efecto señala que el 16 de febrero de 2016 el presidente de la entidad convocó a una reunión donde se habló de temas de honestidad, del honor de ser empleado público y de ética, acto seguido se les pidió a los intervinientes su renuncia, la cuales le fueron entregadas a cada uno de los vicepresidentes, advirtiéndoles que quien no presentara su renuncia era porque estaba escondiendo algo y faltaba a la ética. También, señaló que el único que no firmó la renuncia fue el señor Mauricio Vasco quien posteriormente fue despedido. Finalmente, señala que no era normal que cuando se presentara cambio de administración se exigiera la renuncia los vicepresidentes o gerentes.

También se contó con la declaración del señor Mauricio Vasco quien en igual sentido manifestó que el 16 de febrero de 2016 fueron convocados a comité de presidencia, todos los vicepresidentes y el auditor corporativo, dentro de los que se encontraba el demandante; allí el señor Jorge Castellanos, presidente de la ETB, hizo pública la intención de solicitar renuncias de todos y cada uno de ellos, señalando que las mismas ya se encontraban elaboradas y que solo tenían que firmarlas, y que quienes se rehusaran era porque tenían un tema en contra de la ética. Señala que en la reunión manifestó que él estaba próximo a pensionarse y que no iba a firmar la carta de renuncia por lo que fue retirado de la reunión y en horas de la tarde se le pasó la carta de despido y se le pagó la correspondiente indemnización. De igual forma manifestó que cuando se presentaban cambios de alcalde no era normal que se cambiaran los vicepresidentes, que por lo general se cambiaba era el presidente.

De otro lado, Eduardo Charry Gutiérrez quien laboró entre el año 2011 y 2016 como Gerente de Talento Humano de la ETB, refirió que previo al Comité de presidencia llevado a cabo el 16 de febrero de 2016 fue citado al despacho del presidente, quien quería que se le pidiera la renuncia a los vicepresidentes, por lo tanto el director de defensa judicial, señor Andrés García elaboró las cartas de renuncia y cuando se estaba celebrando la reunión se le entregó a todos los intervinientes, sin embargo, aclara que estas eran cartas de referencia, por lo que ellos estaban en disposición de firmarlas o no. Señala el testigo que su intervención en la reunión se limitó a la entrega de las cartas y luego se retiró por lo cual desconoce lo allí acaecido. Señala que si era

frecuente que cuando se presentaban cambios de administración se realizaban cambios en la alta gerencia.

También fue escuchada la declaración de la testigo Diana Yaneth Barón Quiroga, quien manifiesta que el 16 de febrero de 2016 se llevó una reunión con el presidente de la entidad en donde se habló y se hizo una reflexión sobre temas éticos y que allí se le hizo entrega a cada uno de los vicepresidentes un formato de renuncia.

De acuerdo con lo anterior, ha quedado suficientemente acreditado que en el comité de presidencia llevado a cabo el 16 de febrero de 2016, al demandante, en su calidad de vicepresidente de capital humano y cadena de abastecimiento, se le exigió la presentación de su renuncia por parte del nuevo presidente de la encartada señor Jorge Castellanos, y que para ello la entidad ya contaba con el formato que había sido elaborado por el propio director del departamento de defensa jurídica de la entidad y que a su vez este había sido entregado por el gerente de talento humano señor Eduardo Charry. De dichas probanzas no emerge que la voluntad del actor tendiente a dimitir al cargo que en su momento ocupaba, surja de un acto voluntario y de ninguna manera denota una expresión libre y espontánea, sino que por el contrario esta decisión es adoptada debido a las exigencias realizadas por el propio presidente de la entidad.

Si bien, el actor podía no haber suscrito dicho documento, nótese que tal y como lo han sostenido los deponentes, el gestor de las renunciaciones cuestionaba, como forma de presión, la ética de quienes se rehusaran a suscribir el documento, que por demás se encontraba previamente elaborados por la misma entidad, es más como lo sostiene Eduardo Charry, la decisión de exigir la renuncia de los directivos había sido tomada antes de dar inicio al comité, inclusive ya había sido socializado con los directores del departamento de defensa jurídica y con talento humano de la entidad.

Las anteriores consideraciones de orden fáctico reflejan sin lugar a equívocos que la decisión de suscribir la carta de renuncia se produce como resultado de un ejercicio totalitarista de quien presidía la dirección de la ETB para el 2016, quedando el elemento volitivo del demandante a su merced, pues, desde ninguna perspectiva se releja la espontaneidad del demandante en la toma de una decisión trascendental dada la importancia del cargo que ostentaba en su momento, aunado lo anterior, tenemos que no solamente la renuncia se le exigió al señor Jaime Andrés García Cuello, sino a sus pares, lo que sin lugar demuestra ese desbordado poder subordinante en cabeza del empleador representado en su presidente.

Así las cosas, si bien, no se encuentra claro que hubiera existido un vicio del consentimiento al momento de la suscripción y presentación de la renuncia, si resulta diáfano sostener que la dimisión, fue sugerida e inducida por el presidente entrante de la demandada.

Decantado lo anterior, se debe establecer cuáles son los efectos que ello trae consigo, para ello ha considerado la sala de Casación laboral de la CSJ en sentencia SL787-2021 que:

“Al respecto, esta Corporación al analizar la invalidez de la dimisión del trabajador en sentencia CSJ SL, 23 oct. 1995, rad. 7782, enseñó:

En cambio, el desconocimiento del valor legal del acto de la renuncia trae consigo la restitución completa de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto anulado, o sea la existencia del contrato de trabajo y el

reconocimiento de todos los salarios dejados de percibir, tal y como lo ordena el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que el trabajador no ha prestado servicio por culpa del empleador”.

Aunado lo anterior, en esta misma providencia se reseñó que:

“También, se ha explicado que la ineficacia de la desvinculación, conlleva que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la terminación del contrato (CSJ SL636-2020), incluso el estatus de afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, en calidad de trabajador dependiente de la llamada a juicio”.

Siguiendo estos mismos derroteros, tenemos entonces que ante la presencia de una renuncia inducida, dicho acto debe ser declarado ineficaz y como consecuencia de ello, lo procedente es la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo, encontrados de esta forma que los argumentos del apoderado de la parte demandante salen avantes, lo que impone revocar la condena impuesta por el a quo en relación con el pago de la indemnización por despido sin justa causa, para en su lugar, condenar al pago de salarios causados desde el 19 de febrero de 2016 hasta el día que se haga efectiva la reinstalación, así como los aportes a dejados cancelar al sistema de seguridad social integral. Dicha condena no se hará extensiva a las vacaciones por no haber sido solicitadas en el escrito de demanda.

Dadas las resultas de la apelación, debemos advertir que no son acogidos los planteamientos de la parte demandada, pues como se advirtió en líneas anteriores, no existió espontaneidad por parte del demandante en la presentación de la renuncia, adicionalmente y como ha sido esbozado, la CSJ si cuenta con un precedente vertical, en lo que al tema objeto de debate se refiere.

Indexación

Dada la revocatoria de la condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa, pretensión que había sido planteada de manera subsidiaria, y ante la prosperidad de la pretensión principal se hace necesario pronunciarnos sobre la petición de indexación.

Para el efecto, tenemos que ante la evidente devaluación monetaria y teniendo en cuenta que la demora en el pago de los salarios no se encuentra cubierta con la indemnización moratoria, se ordena que la suma adeudada por este concepto se pague debidamente indexada desde el día siguiente en que se dio por terminado el contrato, esto es 19 de febrero de 2016 hasta la fecha en que se efectúe su pago.

Daño moral

Sobre el particular, es del caso resaltar que para hablar de indemnización de perjuicios es necesario acreditar los elementos que 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 demandante señala que para la reparación del daño se debe analizar, la conducta que tuvo la empleadora al momento de la rescisión del contrato, su situación familiar, sumado al hecho que la ETB ha utilizado todo tipo de descalificativos contra el demandante, indicando que la gestión de los vicepresidentes fue deficiente, manifestaciones que hasta fueron divulgadas en un diario de amplia circulación nacional. Así las cosas, para la Sala basta con señalar, que al revisar los medios de convicción que fueron allegados al plenario, no demuestra cosa diferente a que la simple afirmación de la existencia 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 argüido por el recurrente, el daño moral no puede ser presumido a partir de la conducta del empleador que indujo la renuncia, o de la existencia de grupo familiar, ahora bien, a pesar que fue aportado artículo de fecha 5 de marzo de 2016 publicado en el periódico el Tiempo, de tal columna no se puede derivar las condenas deprecadas por el simple hecho que el señor Jorge Castellanos, presidente entrante de la demanda, en entrevista con este diario haya calificado a la gerencia anterior de la ETB como "bisoña", como quiera que dicha afirmación no se dirige directamente en contra del aquí demandante y mucho menos se demuestra que esta manifestación haya causado algún perjuicio al actor y que deba ser reparado moralmente.

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 libelo 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.

En tal contexto y al no encontrarse reunidos los presupuestos jurídicos ni facticos para que proceda la condena deprecada, se deberá confirmar la sentencia, en lo que a este asunto se refiere.

Costas

Finalmente, y en lo que atañe a la liquidación de costas, resulta imperante para la sala recordarle al recurrente que en los términos del numeral 5 del art. 366 del Código General del Proceso, la liquidación de las costas y las agencias en derecho, solo resultan controvertibles a través de recurso de reposición y apelación una vez hayan sido liquidadas de manera concentrada y aprobadas por el juez de conocimiento.

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,

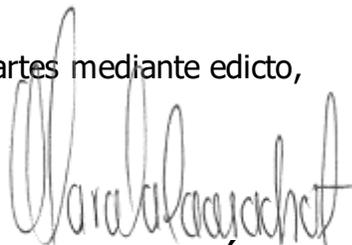
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia del 13 de mayo de 2019, así como el numeral primero de la providencia del 11 de diciembre de la misma anualidad, proferidas por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su declarar ineficaz la renuncia presentada por el actor el 18 de febrero de 2016 y como consecuencia de ello, se ordena la reinstalación del JAIME ANDRES GARCIA CUELLO a su puesto de trabajo a partir del 19 de febrero de 2016, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ E.T.B. S.A. E.S.P. a pagar a favor de JAIME ANDRES GARCIA CUELLO salarios causados desde el 19 de febrero de 2016 hasta el día que se haga efectiva la reinstalación debidamente indexados, así como los aportes dejados cancelar al sistema de seguridad social integral.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1`000.000, las cuales serán liquidadas en primera instancia.

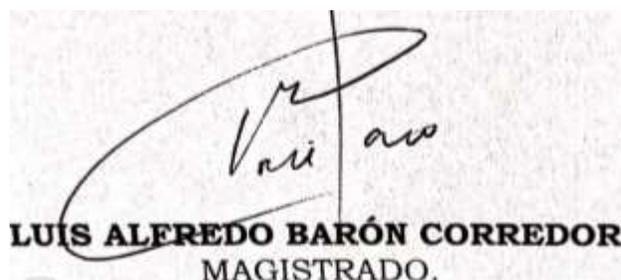
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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: MARIA CLEMENCIA AREVALO BOHORQUEZ
DEMANDADO: EPS SANITAS S.A. y AFP PROTECCION S.A.
RADICACIÓN: 1100131050- 11-2019-00123-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADO
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,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARIA CLEMENCIA AREVALO BOHORQUEZ instauró demanda ordinaria contra EPS SANITAS S.A. y AFP PROTECCION S.A. con el fin de que se declare que la se afilió al sistema de seguridad social en salud a la entidad EPS SANITAS S.A. a la cual realizó cotizaciones y en pensiones con AFP PROTECCION S.A.; que esta entidades aun cuando tenían la obligación de cubrir las contingencias derivadas de la enfermedad que padecía no lo hicieron al no cancelar de manera completa el subsidio de incapacidad generado a partir del día 181; que como consecuencia de lo anterior, se condene a las demandadas a cancelar el subsidio de incapacidad generado a partir del día 181, en particular las generadas entre el 3 de octubre de 2016 hasta el 20 de junio de 2017, para un total de 257 días, teniendo para el efecto un ingreso base de cotización equivalente a \$2`750.000, así como el pago de la indexación y las costas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que estuvo afiliada al sistema de seguridad social en salud al régimen contributivo a través de la EPS SANITAS S.A. y en pensiones a la AFP PROTECCION S.A.; que el día 6 de abril de 2016 sufrió un accidente cerebrovascular, motivo por el que acudió a urgencias en la Clínica Colombia; que para dicha fecha se encontraba vinculada con la empresa Linotipia Martínez S.A.S. entidad que efectuaba los aportes al sistema con un ingreso base de cotización que ascendía a la suma de \$2`750.000; que el accidente cerebrovascular la generó un total de 540 días de incapacidad; que el auxilio por las incapacidades generadas desde el día 6 de abril de 2016 hasta el 2 de octubre de 2016 fueron debidamente pagadas por la EPS SANITAS S.A.; que las incapacidades generadas desde el 21 de junio de 2017 hasta el

27 de septiembre de 2017 fueron pagadas debidamente pagadas por la AFP PROTECCION S.A., que el subsidio de incapacidad generado entre el de octubre de 2016 hasta el 20 de junio de 2017 no ha sido pagado por las demandadas; que las demandadas adeudan el subsidio por incapacidad equivalente a 257 días; que el ingreso base de cotización correspondía a la suma de \$2`750.000; que el día 30 de julio de 2016 la EPS SANITAS S.A. emitió concepto favorable de rehabilitación desfavorable; que ante la emisión de dicho concepto se presentó solicitud para que se informaran los fundamentos con los cuales se emitía el dicho conceto, teniendo encienta los avances en el proceso de rehabilitación; el 4 de mayo de 2017 se le informan las razones tenidas en cuenta para la emisión del concepto y allega un formato para que sea diligenciado por su médico contratante, dado su avance en el proceso de rehabilitación; que el 26 de marzo de 2017 el médico tratante emite concepto favorable de rehabilitación; que el 21 de junio de 2017 radicó en las oficinas de la AFP PROTECCION S.A. el concepto favorable de rehabilitación; que el 22 de junio de 2017 se le informa a la EPS SANITAS S.A. que el concepto favorable de rehabilitación había sido radicada en la AFP PROTECCION S.A. con el fin que se continuara con el pago de incapacidades; que el 4 de agosto de 2017 se solicitó ante la AFP PROTECCION S.A. el pago de incapacidades generados desde el día 181; que el 8 de septiembre de 2017 la AFP PROTECCION S.A. indica que esta obligación se encuentra a cargo de la EPS SANITAS S.A.; que el 28 de septiembre de 2017 la AFP PROTECCION S.A. le comunica dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A.; que la AFP PROTECCION S.A. el día 19 de octubre de 2017 indica que la obligación de pago del subsidio de incapacidad desde el día 181 corresponde a la EPS Sanitas, de acuerdo con la anterior respuesta el 23 de octubre de 2017 se radico solicitud de pago de incapacidad ante la EPS SANITAS S.A.; que en respuesta a dicha solicitud se indica que el subsidio de incapacidad causado a partir del día 181 debe ser pagado por la AFP PROTECCION S.A.; que el 31 de enero de 2018 nuevamente se solicitó ante la AFP PROTECCION S.A. el pago de incapacidades y la entidad en respuesta del 16 de febrero de 2018 reitera que esta obligación está a cargo de la EPS SANITAS S.A.

2. Contestación de EPS SANITAS S.A. Dio contestación oponiéndose a las pretensiones contenidas en los numerales 3 a 6 de la demanda, argumentando que canceló a la señora MARIA CLEMENCIA AREVALO BOHORQUEZ las incapacidades que eran de su competencia y obligación, ya que conforme se aceptan en los hechos se efectuó el pago de las prestaciones económicas derivadas de las incapacidades laborales hasta el día 180. Aclara que las incapacidades que se reclaman del periodo comprendido entre el 3 de octubre de 2016 al 20 de junio de 2017, corresponden a prorrogas posteriores al día 180, por lo que es obligación de la AFP PROTECCION S.A. asumir el correspondiente reconocimiento económico, conforme lo señala el art. 142 del Decreto 19 de 2012. En este sentido, esta entidad no tiene ninguna obligación de asumir prestaciones económicas que competen a la AFP PROTECCION S.A. y menos cuando la remisión del concepto de rehabilitación se realizó de manera oportuna, siendo enviado a la AFP PROTECCION S.A. el día 30 de julio de 2016, es decir antes de cumplirse los 150 días de incapacidad. Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia de obligación legal a cargo de EPS SANITAS S.A. respecto del reconocimiento y pago de las incapacidades superiores al día 180; falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, buena fe y genérica (fls. 90 a 97).

3. Contestación de AFP PROTECCION S.A. Dio contestación oponiéndose a las pretensiones contenidas en los numerales 3 a 6 de la demanda, argumentando que el día 181 de incapacidad corresponde al día 3 de octubre de 2016 y el 540 al 27 de septiembre de 2017, sin embargo, Protección solo recibió el concepto favorable por parte de la EPS Sanitas hasta el 21 de junio de 2017, razón por la cual las incapacidades

generadas entre el día 180 y la fecha en la cual se recibe el concepto favorable deben ser asumidos por la EPS con cargo a su propio patrimonio, tal y como lo dispone el art. 41 de la ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo la de falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe por parte del fondo de pensiones y cesantías PROTECCION S.A., prescripción y genérica (fls. 129 a 132).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de septiembre de 2020, mediante la cual el Juzgado condenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a reconocer y pagar a favor de la demandante, los subsidios económicos por concepto de incapacidad de origen común causados entre el 3 de octubre del año 2016 y hasta el 20 de junio del año 2017 debidamente indexados y absolvió a la EPS Sanitas S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Como consecuencia de ello, se declararon probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la EPS Sanitas y no probados los medios exceptivos invocados por la AFP Protección.

Su decisión se basó en que no existía controversia que la señora María Clemencia sufrió un accidente cerebrovascular el 6 de abril del año 2016, que su diagnóstico fue hemorragia intercerebral en el hemisferio, circunstancia que le produjo una incapacidad por un periodo superior a 180 días, de ahí, que la accionada EPS Sanitas tenía la obligación de emitir el concepto médico de rehabilitación antes del 6 de agosto del año 2016, fecha para la que se cumplía por el término de 120 días de incapacidad. A su vez, era deber remitirlo a la AFP donde se encontraba afiliada la demandante antes del 6 de septiembre del año 2016, fecha para la cual se cumplían los 150 días de incapacidad. Obligaciones que se dieron por cumplidas, pues de acuerdo con la documental de 105 a 107 del plenario, se evidencia que la EPS Sanitas el 30 de julio del año 2016, emitió concepto de rehabilitación desfavorable, el cual fue remitido a la AFP Protección el día 8 de agosto del año 2016, por lo tanto, la responsabilidad en el reconocimiento y pago de los auxilios por concepto de incapacidad de origen común que superaron los 180 días, son obligación de la AFP Protección al encontrarse emitido y comunicado el concepto de médico de rehabilitación dentro de los términos y oportunidades que contempla legislación.

También señaló que no podía la AFP PROTECCION S.A. condicionar el reconocimiento del auxilio económico de las incapacidades de origen común que superaron los 180 días, a la existencia de un concepto médico de rehabilitación estrictamente favorable, pues ello no se encuentra consignada en las disposiciones legales, debido que las incapacidades de origen común que superen los 180 días correrán a cargo de la AFP a la que esté afiliado el trabajador, sin sujetarse a que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

Concluyó que la EPS Sanitas había actuado conforme a derecho al emitir el concepto médico de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad temporal y enviarlo antes del día 150 a la AFP en donde se encontraba la aquí demandante afiliada.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandada AFP PROTECCION S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que el inciso 5 del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 señala que si no hay concepto favorable de rehabilitación es la EPS la encargada de pagar esa incapacidad hasta con cargo a sus propios recursos hasta cuando se ese concepto favorable de recuperación y así se le hizo saber a la demandante en respuesta al radicado 1343890J8K76CC6CRM0937724 del 8 de septiembre de 2017, pues allí se le indicó que el reconocimiento y pago de ese subsidio de incapacidad a partir del día 181

se efectúa siempre y cuando exista pronóstico de recuperación favorable, el cual no era procedente porque existía un concepto desfavorable de recuperación.

Así mismo, conforme lo indica el artículo 7 del Decreto 510 del 2013, la obligación de las AFP de resolver solicitudes de prestaciones económicas, empieza a contar desde el momento en que se radica la documentación requerida y necesaria para realizar un análisis adecuado de las circunstancias de hecho y de derecho para determinar si hay lugar a esa prestación, siendo así es claro que tan solo el 20 de septiembre de 2017, la demandante dirige solicitud de pago de auxilio de incapacidad.

6. Alegatos de conclusión. Estando en la oportunidad procesal el apoderado judicial de EPS SANITAS S.A.S., presentó alegatos de conclusión, manifestando que es la AFP PROTECCIÓN S.A. la entidad obligada al reconocimiento de las incapacidades, ya que son posteriores a los 180 días, aun cuando el concepto de rehabilitación emitido y remitido por la EPS SANITAS sea desfavorable.

El apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A. allega alegatos de conclusión en la que solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, ya que el a quo hizo una incorrecta valoración probatoria, pues de conformidad con el inciso 5° del artículo 142 del Decreto 019 de 2012 le corresponde a la EPS el pago del subsidio de incapacidad y a PROTECCIÓN S.A. realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

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) ¿La obligación del reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad por parte de la AFP a partir del día 181 se encuentra supeditado a que se emita concepto favorable de recuperación? y (ii) ¿La AFP se encuentra obligada a reconocer el auxilio de incapacidad a partir de la fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento de la prestación?

DEL CONCEPTO FAVORABLE DE REHABILITACION

Para resolver el problema jurídico planteado, 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." 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."

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, 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.

De acuerdo con lo anterior, sea lo primero señalar que la negativa de la entidad demandada AFP PROTECCION S.A. para reconocer y pagar los auxilios de incapacidades causadas por la señora MARIA CLEMENCIA AREVALO BOHORQUEZ con posterioridad al día 181, radican en que había sido aportado concepto desfavorable de rehabilitación, pues a su juicio, para que dicha entidad asuma el pago de los auxilios reclamados es necesario que se emita concepto favorable, tal y como lo dispone el inciso 5 del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

Así las cosas, tenemos que en efecto la EPS SANITAS S.A. expidió el 30 de julio de 2016 pronóstico de rehabilitación desfavorable, respecto a la enfermedad de origen común padecido por MARIA CLEMENCIA AREVALO BOHORQUEZ como consecuencia de una hemorragia intracerebral en hemisferio.

De acuerdo con lo anterior y ante las razones esbozadas por la apelante, este despacho se remite a lo indicado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia como las T-902-2009, T-401-2017 y T-246-2018, así como lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia STL6802-2020 y STL3404-2020, entre otros, en donde en síntesis se ha indicado que las reglas legales y jurisprudenciales dan cuenta que a partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, indistintamente si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.

Esbozado lo anterior, no le asiste razón a la AFP PROTECCION S.A. para negar el pago de las incapacidades fundándose en que el concepto de rehabilitación de la afiliada fue desfavorable, pues como lo han establecido las máximas corporaciones de la Jurisdicción Constitucional y Ordinaria, el auxilio por incapacidad debe pagarse por el fondo de pensiones, sin importar si el concepto es favorable o desfavorable, hasta tanto se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% o hasta que se cumplan los 360 días adicionales a los primeros 180 días.

Así las cosas y en la medida que el concepto desfavorable de rehabilitación fue emitido el 30 de julio de 2016, es decir antes de los 120 días (fl. 107) y radicado el 8 de agosto de 2016 ante la AFP PROTECCION S.A. (fl 105), esto es, antes de los 150 días, no queda dura alguna que la EPS SANITAS S.A. dio cabal cumplimiento a lo establecido en el art. 41 del Decreto 19 de 2012, por ende, no existe razón alguna para que la administradora de fondo de pensiones convocado a juicio se sustraiga de las obligaciones que se encuentran a su cargo y que surgen con ocasión de las incapacidades presentadas por su afiliada señora MARIA CLEMENCIA AREVALO BOHORQUEZ.

Ahora, respecto al argumento planteado por la apelante, según el cual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 510 del 2013, solo le era procedente reconocer los auxilios de incapacidad una vez fuera presentada la solicitud económica, es menester señalar que, la AFP PROTECCION S.A. bajo la égida de este postulado normativo no podía negarse al reconocimiento de prestaciones derivadas del sistema

de seguridad social integral aquí reclamadas, pues en primer lugar, dicho articulado no tiene aplicación para el tema bajo estudio, pues de su lectura es claro que únicamente se está haciendo referencia al reconocimiento de pensiones por vejez, y por otro lado, se le recuerda a la apelante que en términos generales, el auxilio de incapacidad debe ser sufragado a partir del día 181, siempre que se su origen sea común e indistintamente si hay concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, tal y como fue indicado anteriormente.

De acuerdo con lo anteriormente planteado, no hay lugar a acoger los argumentos esbozados por la apelante y como consecuencia de ello 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 3 de septiembre de 2020, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

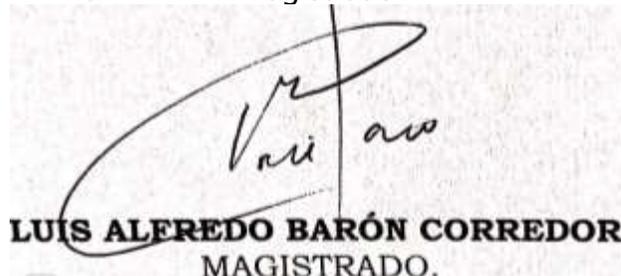
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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: ALEXI JOHANA ALOMIA LOZANO
DEMANDADO: BLUE WOMAN GC S.A.S. Y GLORIA INES CALDERON
RADICACIÓN: 1100131050- 32-2015-00413-02
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. ALEXI JOHANA ALOMIA LOZANO instauró demanda ordinaria contra BLUE WOMAN GC S.A.S. y GLORIA INES CALDERON con el fin de declarar la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el día 5 de junio de 2011 hasta el 23 de diciembre de 2013 con las demandadas y que el despido fue sin justa causa, como consecuencia de lo anterior, que se condene al pago de los salarios y auxilio de transporte causados desde el 1 al 23 de diciembre de 2013, las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales causados desde el 1 de enero al 23 de diciembre de 2013, el pago de la indemnización por despido, indemnización por falta de pago del último salario causado desde el día 13 de diciembre de 2013 hasta la fecha en que la demandada cancele en forma completa las acreencias laborales, perjuicios ocasionados por la no entrega de la dotación, indexación, intereses corrientes e intereses moratorios, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 5 de junio de 2011 celebró contrato de trabajo a término indefinido con la empresa BLUE WOMAN GC S.A.S., que el cargo desempeñado era el de administradora del local de la demandada, ubicado en el centro comercial Gran Estación de Bogotá; que la señora GLORIA INES CALDERON es la representante legal de la demandada, que su jornada laboral era de lunes a domingo de 9 a.m. a 9 p.m., que el salario pactado fue de \$600.000 mensuales; que las partes pactaron una bonificación permanente de

\$50.000 mensual por administrar el local, más comisión de \$6.000 por venta de ropa por cliente de \$60.000; que el realizaba 12 ventas diarias a clientes que realizaban compras por \$60.000 en temporada baja, correspondiente entre junio a octubre de 2011 a 2013, 20 ventas diarias en temporada alta correspondiente entre noviembre y diciembre de 2011 a 2013; que recibió constantes maltratos por parte de la señora Gloria Inés Calderón; que durante la vigencia de la relación laboral nunca fue llamada a descargos disciplinarios; que la empresa le descontó por nomina las dotaciones de ley; que debido a los constantes maltratos renunció el 23 de diciembre de 2013; que se convocó a la demandada al Ministerio de Trabajo y esta no asistió; que la empresa no realiza renovación de su matrícula mercantil desde el 2014; que la empresa cerró los establecimientos de comercio ubicados en Bogotá; que la señora GLORIA INES CALDERON sigue desempeñando actividades comerciales relacionados con el giro ordinario de los negocios de BLUE WOMAN GC S.A.S., específicamente la venta de ropa para mujer.

2. Contestación de BLUE WOMAN GC S.A.S. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que la demandante fue vinculada laboralmente mediante contrato de trabajo verbal el día 5 de junio de 2011 para desempeñar el cargo de vendedora, estableciéndose como salario la suma de \$600.000, mas subsidio de transporte, pagaderos en dos quincenas. Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral (fls. 51 a 56). A su vez, señala que el 23 de diciembre de 2013 decidió terminar su contrato de trabajo de manera unilateral en vista que la señora ALEXI JOHANA ALOMIA LOZANO abandonó el puesto de trabajo. Conforme auto de fecha 4 de julio de 2018 se tuvo por no contestada la reforma de la demanda (fl. 77).

3. Contestación de GLORIA INES CALDERON. Conforme lo dispuesto en auto de fecha 4 de julio de 2018 se tuvo por no contestada la demandada y su reforma (fl. 77).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de marzo de 2020, mediante la cual el Juzgado declaró que entre la demandante y la demandada GLORIA INES CALDERON existió un contrato de trabajo desde el 5 de junio de 2011, respecto del cual opera la sustitución patronal a partir del 11 de julio de 2011 con la empresa BLUE WOMAN GC S.A.S., contrato que terminó el 23 de diciembre de 2013 y como consecuencia de lo anterior condenó a la sociedad al pago de \$506.167 por concepto de salario y subsidio de transporte del 1 al 23 de diciembre de 2013, \$647.167 por cesantías del 2013, \$76.150 por intereses a las cesantías, \$647.177 por prima de servicios del año 2013 y \$289.019 por vacaciones del año 2013. A su vez impartió condena por concepto de indemnización moratoria del art. 65 del CST, a razón de un día de salario por cada día de retardo en el pago de salarios y prestaciones sociales en cuantía de \$19.650 a partir del 24 de diciembre de 2013 y hasta la fecha que se realice el pago de lo adeudado. Finalmente dispuso el pago del pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones por el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2013 al 23 de diciembre de 2013 teniendo como salario el mínimo legal mensual y absolvió de las demás pretensiones (fls. 126 a 128).

Su decisión se basó en que BLUE WOMAN GC S.A.S. no niega la existencia del vínculo laboral con la demandante, no contradijo los extremos laborales que se aducen en la demanda y acepta que ALEXI JOHANA ALOMIA LOZANO laboró para la empresa

desde el 5 de junio de 2011 hasta el 23 de diciembre de 2013, que a pesar de lo anterior, se tiene que el empleador inicial de la demandante fue GLORIA INES CALDERON como persona natural y a partir de la constitución de la sociedad, fue BLUE WOMAN GC S.A.S. quien fungió como empleadora de la parte actora, en virtud de la sustitución patronal contenida en el art. 67 del CST, pues fue a través de esta sociedad que se realizaban los pagos de los salarios y si bien la declaración de María Bernarda Bautista Jimenez hace referencia que la señora GLORIA INES CALDERON era la que impartía órdenes y estaba al tanto del desarrollo de las actividades comerciales, debe tenerse en cuenta que ella obró como representante legal de BLUE WOMAN GC S.A.S. por lo menos el mes de septiembre de 2016 fecha en que se designó al señor David Sánchez Buitrago como representante legal de la sociedad. Que en los términos del art. 32 del CST se considera que GLORIA INES CALDERON después de la constitución de la empresa y después de operar la sustitución patronal no ejerció como empleadora sino como representante del empleador. Se encontró acreditado que el salario de la demandante fue un mínimo vigente para cada anualidad.

Frente al pago de las comisiones, señala que no existe prueba que entre las partes se haya pactado el pago de comisiones, y mucho menos se demostró el número de ventas realizadas.

Respecto a la terminación del contrato, señaló que no obra constancia que la terminación de contrato haya sido por parte del empleador y existe contradicción en el dicho de la demandante, pues en la demanda señala que renunció por malos tratos de la señora GLORIA INES CALDERON, mientras que en el interrogatorio de parte sostuvo que presentó renuncia porque así había sido solicitado por la representante legal de sociedad.

Respecto a la sanción moratoria, indicó el Juzgador de primera instancia que los mismos resultaban procedentes en la medida que a la demandante se le adeudaban salarios y prestaciones sociales y que a pesar de ser requerido el empleador en varias oportunidades para su pago, no se observa ánimo de pago de lo adeudado a pesar que haber trascurrido más de 6 años desde que se terminó el contrato. Debido a la prosperidad de esta pretensión adujo que resultan improcedentes los intereses moratorios, corrientes y la indexación.

Frente al pago de la dotación, señaló que la parte demandada no acreditó que se le haya suministrado, sin embargo, el demandante no probó el monto o el valor de esa dotación que le permitiera dar lugar a una indemnización, por tal razón, se desestimó esta pretensión.

Finalmente, señaló que no se imparte condena alguna en contra de GLORIA INES CALDERON, pues operó la sustitución patronal en el 2011 y ninguna de las pretensiones está relacionada con el periodo en el que se considera que esta demandada fue empleadora como persona natural

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que el Juzgado excluyó a la señora GLORIA INES CALDERON de las condenas impuestas, teniendo en cuenta la existencia de sustitución patronal, sin que esta figura haya sido planteada por la demandada, a su vez, indicó que la testigo de la demanda, señaló que era la señora GLORIA INES CALDERON la que contrataba directamente a las

personas. Que la sustitución patronal se establece frente al cumplimiento de ciertos requisitos y que los mismos deben estar establecidos dentro de la cámara de comercio y se deben anunciar frente a los trabajadores, lo que no ocurrió.

Respecto a las bonificaciones y comisiones, señaló que el despacho hizo una indebida interpretación sobre la carga de la prueba, pues con el interrogatorio de parte de la demandante, el testimonio de la señora María Bernarda Bautista, se estableció que se había pactado bonificación, situación que no lograron desvirtuar las demandadas, pues la carga de la prueba se encontraba en cabeza de ellos y debían demostrar que no existían dichas comisiones y las bonificaciones.

Frente al despido sin justa causa, señala que se evidenció que efectivamente hubo una renuncia debido a los constantes maltratos de la señora GLORIA INES CALDERON, pero la demandante al absolver el interrogatorio de parte señaló que había sido obligada a realizar el escrito de renuncia y no se acordaba de su contenido, a pesar de ello, se evidenció con el testimonio de la señora Bautista que la demandante era objeto de humillaciones y malos tratos por parte de GLORIA INES CALDERON, por lo tanto, erró el juzgador al no tener en cuenta esta declaración y si dar valor probatorio a un documento que es un "mero escrito", que además debió ser aportado por la demandada y no lo hizo.

Finalmente, manifiesta que también presenta apelación frente a la negativa de conceder los intereses moratorios y legales, sin embargo, su argumentación solamente se circunscribe a manifestar que el artículo 65 del CST establece un término de 2 años y ya ha pasado más de 7 años y que, por tanto, resultan procedentes.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal el apoderado judicial de la parte actora solicita la modificación de la sentencia de primer grado en el sentido de que la señora GLORIA INES CALDERON también era empleadora de la señora ALEXY JOHANA ALOMIA, debiendo responder por las acreencias laborales de la demandante.

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) ¿Operó la sustitución patronal entre GLORIA INES CALDERON y BLUE WOMAN GC S.A.S. respecto de la trabajadora ALEXI JOHANA ALOMIA LOZANO?, (ii) ¿Le asiste derecho a la demandante al pago de bonificación por ostentar el cargo de administradora?, (iii) ¿La accionante causó el pago de comisiones por venta?, (iv) ¿Tiene derecho a que se le reconozca y pague la indemnización por despido sin justa causa? y por último, (v) Resulta procedente impartir condena por concepto de intereses moratorios y legales?

SUSTITUCION PATRONAL

Advierte la sala de decisión que el descontento planteado por la apelante, se encuentra dirigido a enrostrar que a pesar de que esta figura no fue formulada por ningunos de los extremos que compone la parte pasiva de la presente acción, la misma fue aplicada por parte del fallador de primer grado.

Verificado el escrito de contestación de la demanda presentado por la sociedad BLUE WOMAN GC S.A.S., se advierte que en efecto esta sociedad no cimentó su defensa sobre esta institución, a pesar de ello, es claro que la decisión del juez del conocimiento no estuvo orientada a vulnerar el derecho de defensa de las partes al efectuar el estudio de la sustitución patronal, por el contrario, su decisión estuvo dirigida a declarar la relación laboral dentro de los extremos temporales aducidos en el libelo inaugural, atendiendo a que de los certificados de existencia y representación legal obrantes a folios 12 a 13, 86 y 87 del plenario, se extrae que la constitución de sociedad BLUE WOMAN GC S.A.S. tuvo lugar el 19 de julio de 2011, por ello y en virtud de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 67 del CST, adujo que la fecha inicial del contrato correspondía 5 de junio de 2011, declaración en lo más mínimo le resulta lesiva a la demandante.

De acuerdo con lo anterior, tenemos que el artículo 67 del CST establece que se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, **siempre que subsista la identidad del establecimiento**, es decir, en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.

Frente a este tema la CSJ ha indicado, entre otras, en la sentencia bajo el radicado N° 32416 del 2010, ratificada en la sentencia SL 443-2020, lo siguiente:

"Para que la sustitución de patrono se configure en el derecho del trabajo, es necesario que se continúe también por el asalariado la prestación de sus servicios. Deben, pues, reunirse tres elementos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador. Sólo así se entiende que exista continuidad también de la relación de trabajo, del contrato laboral.

Pero si alguno de estos requisitos falta, si, por ejemplo, no existe o no se demuestra la continuidad de la prestación de servicios por el asalariado, lógicamente no puede hablarse tampoco de sustitución de patrono, o en forma más concreta, no puede hablarse siquiera de patrono, porque éste sólo existe frente al otro sujeto de la relación de trabajo y no aisladamente considerado.

La institución de la sustitución del patrono ha sido creada porque la relación de trabajo es individual, entre personas, y no real, entre el asalariado y la empresa; pues si fuese de esta última índole, no necesitaría la ley establecer expresamente esa continuidad de patronos y la solidaridad entre el antiguo y el nuevo para el pago de las obligaciones a favor del trabajador..." (Gaceta del Trabajo, Tomo II, pág. 250).

De acuerdo con lo anteriores planteamientos, tenemos que en efecto en la relación laboral de la demandante se hizo presente dicha institución, como quiera que la deponente Claudia Patricia Vergara, testigo de la parte demandada, señaló que la accionante se vinculó inicialmente con la señora CALDERON como persona natural, y que a partir de la fecha de constitución de la sociedad demandada quien fungió como su empleador fue BLUE WOMAN GC S.A.S., a través de la cual se le efectuaban los aportes a seguridad social, el pago de los salarios y prestaciones sociales a la

demandante, testimonio que reviste mayor importancia como quiera que la declarante fue la auxiliar contable de los demandados. A su vez, no se puede perder de vista que tanto en la demanda, como lo sostenido por las declarantes María Bernarda Bautista Jimenez y Claudia patricia Vergara, las labores desarrolladas por la accionante fueron ejecutadas en un local ubicado el centro comercial Gran Estación, establecimiento de comercio de propiedad de la sociedad BLUE WOMAN GC S.A.S. según se desprende de su certificado de existencia y representación legal, lo que nos lleva a concluir que no existió solución de continuidad en la prestación personal de servicio por parte de la señora ALEXI JOHANA ALOMIA LOZANO a pesar de existir el cambio de empleador, de igual forma, se debe advertir que el nuevo empleador continuó desarrollando la misma actividad económica, relacionada con la comercialización de prendas de vestir.

Ahora bien, es parcialmente cierto como lo afirma el apelante, que en virtud de la declaración de esta figura el juzgador primigenio absolvió a la señora ALEXI JOHANA ALOMIA LOZANO de las pretensiones de la demanda, sin embargo, no se puede perderse de vista que la demandante a través de su apoderado, en el libelo genitor y su reforma, confiesan que su empleador no era otro que BLUE WOMAN GC S.A.S. y que la señora GLORIA INES CALDERON tan solo era su representante legal y si bien ella dirigía la actividad laboral de la demandante, como así dan cuenta las deponentes María Bernarda Bautista Jimenez y Claudia patricia Vergara, lo cierto es que a partir del 19 de julio de 2011 no lo hacía en calidad de persona natural sino como representante legal de la sociedad que gerenciaba. En lo que si le asiste razón al recurrente es en que la señora Gloria Inés Calderón, debe responder por las acreencias laborales causadas durante el periodo comprendido entre el 5 de junio de 2011 y el 18 de junio de 2011, pues declarada la sustitución patronal, en los términos del art. 69 del CST, debe responde solidariamente por las obligaciones causadas que a la fecha de la sustitución le sean exigibles.

De otro lado, no son de recibo los argumentos esbozados por la recurrente, relacionados con que para la configuración de esta figura los requisitos deben estar establecidos en la cámara de comercio y que sean anunciados a los trabajadores, pues conforme lo contempla la norma en cita, la sustitución patronal opera ante el cambio del empleador, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador, requisitos que se encontraron probados por el Juez de instancia y que son plenamente compartidos por esta colegiatura conforme con lo hasta aquí esbozado, pues adoptar una decisión diferente representaría modificar en perjuicio del único apelante los extremos temporales de la relación laboral demostrada y declarada por el Juzgado 32 laboral de Circuito.

En gracia de discusión, de ultimarse que no se encuentra configurada la existencia de sustitución patronal en los términos expuestos, en razón a que la empresa demandada aceptó desde la contestación de la demanda la existencia de relación laboral con la Sra. ALEXI JOHANA ALOMIA LOZANO desde el 5 de junio de 2011, ello conllevaría a declarar la existencia de sociedad de hecho de conformidad con el contenido del art. 498 del Código de Comercio, durante por lo menos, el interregno comprendido entre el 5 de junio de 2011 y el 18 de julio de 2011, data ésta última de constitución conforme al certificado de existencia y representación legal obrante en el plenario, situación que arrojaría símil resultado en razón a la señora Gloria Inés Calderón en calidad de socia de hecho es quien debe, durante el enunciado periodo, asumir las obligaciones contraídas para la empresa social, por así disponerlo el art.

499 del mismo estatuto, y luego de la constitución estarán a cargo de la persona jurídica constituida.

BONIFICACIONES Y COMISIONES

Sobre este asunto, afirma el recurrente que la parte demandada era quien debía demostrar que no se habían causado las bonificaciones y las comisiones deprecadas en la demanda.

Al respecto, para que se imparta condena por estos conceptos, debe aportarse prueba certera por parte del demandante, para que la autoridad judicial pueda calificarla, como quiera que es deber aplicar el principio jurídico, según el cual quienes alegan la existencia de una obligación deben probarla, así como también quien alega haberla extinguido está en el deber de comprobar su dicho; regulado lo anterior, por lo dispuesto en el artículo 1757 del Código Civil y 167 del CGP; así como lo señalado por nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia de vieja data.

Por lo tanto, no es a la sociedad BLUE WOMAN GC S.A.S. a quien le correspondía demostrar que los emolumentos deprecados no habían sido causados, sino que, por el contrario, la carga de la prueba reside en cabeza de la actora quien debía demostrar que entre las partes se había pactado la suma de \$50.000 por concepto de bonificación permanente por la administración del local comercial en donde se prestó el servicio y una comisión de \$6.000 por venta de ropa.

Indica el apelante que con la declaración de la señora María Bernarda Bautista Jiménez se demostró que las comisiones y las bonificaciones habían sido pactadas, afirmación que no es del todo cierta, pues conforme lo manifestó la misma testigo, ella no estuvo al momento en que se pactó el contrato de trabajo entre las partes e ingresó a laborar tiempo después de la vinculación de la señora ALEXI JOHANA ALOMIA LOZANO. Afirma que tiene conocimiento que se le pagaba una bonificación de \$50.000 por ser la administradora del local, pero que después de un tiempo la misma había sido dejada de cancelar, que también se le pagaba una comisión por venta, pero no señala como se causaba y cuanto era su valor. Al contrario, Claudia patricia Vergara, señaló que la demandante únicamente devengaba el salario mínimo legal vigente para cada año en que estuvo vinculada.

Ahora, sea lo primero indicar que conforme lo determinado por el Juez de instancia, la señora ALEXI JOHANA ALOMIA LOZANO, no ostentó el cargo de administradora, sino el de vendedora, conclusión que no ha sido controvertida por el apelante, lo que de entrada hace nugatoria la aspiración de este extremo procesal, pues según lo indicado en la demandada este emolumento se reconocía por ser la administradora del local comercial, cargo que no llegó a alcanzar la parte actora.

Aunado a lo anterior, tampoco existe prueba alguna que demuestre que a la señora ALEXI JOHANA ALOMIA LOZANO se le pagaban comisiones por venta y mucho menos cuál era su valor, pues tal y como lo anotó el Juez de instancia, la demandante presenta contradicción en lo afirmado en la demanda y su reforma, con lo manifestado en el interrogatorio de parte, pues por un lado señala que por ventas superiores a \$60.000 se le pagaba \$6.000 y en su declaración señala que era \$500 por venta.

Como si lo anterior fuera poco, nótese que la parte demandante, teniendo la carga probatoria, no demostró el número de ventas realizadas por días, semanas o meses, no demuestra la causación de las comisiones presuntamente pactadas, ni mucho menos su valor, por tal razón y ante el precario esfuerzo probatorio, deberá confirmarse la decisión apelada.

Indemnización por despido sin justa causa

De conformidad con lo establecido en el literal h) del artículo 61 del C.S. del T., el contrato de trabajo puede terminarse unilateralmente por una de las partes, siempre que medie una de las justas causas contempladas en el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, que modificó los artículos 62 y 63 del estatuto del trabajo, so pena de tenerse por finalizado por incumplimiento de lo pactado, en virtud de la condición resolutoria en él contenida, lo que da lugar al pago de los perjuicios, previamente tarifados en el artículo 64 del C.T. del T., en el evento de que su culminación se dé por una decisión unilateral e injusta del empleador.

Frente a éste tema, debemos recordar que desde tiempo atrás nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL 1166-2018 ha explicado que para el evento del despido y la procedencia de la indemnización en mención, al trabajador le corresponde demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y, a éste le incumbe acreditar la justificación del hecho o hechos que lo originaron, recordándose que para ello, no es suficiente la mera enunciación que hacen las partes de tales hechos en la demanda, la contestación o sus alegaciones, sino que la ley les impone, traer al debate judicial los elementos probatorios destinados a verificar que éstos acontecieron, como lo prescribe el artículo 167 del CG del P. aplicable al asunto por analogía del artículo 145 del CPT y SS.

En el caso bajo examine a partir de las pruebas obrantes en el proceso encuentra la Sala, que no existe prueba de que la demandante haya sido despedida el 23 de diciembre de 2013, por lo que la parte actora no cumple con su carga probatoria de demostrar el despido, más aún cuando en la demanda y su reforma, así como en el interrogatorio de parte la señora ALEXI JOHANA ALOMIA LOZANO sostuvo que ella fue la que presentó renuncia al cargo desempeñado. Se debe aclarar que, según lo planteado en el libelo genitor, la parte actora no discute la existencia del despido indirecto que eventualmente le pudiera dar derecho a la indemnización deprecada.

Indemnización moratoria

De manera lacónica la parte demandante señala que son procedentes los intereses moratorios y legales, por el solo hecho que el art 65 del CST establece un término de 2 años y ya ha pasado más de 7 años sin que hayan reconocidos las prestaciones a la parte actora.

Tal y como se advirtió por el juez de instancia, no es posible acceder a este pedimento, como quiera que, ante la falta de pago de los salarios y las prestaciones sociales, lo procedente es la indemnización moratoria conforme lo dispuesto en el art. 65 del CST, sanción a la que fue condenada la parte demandada, por lo tanto, acceder a su reconocimiento sería sancionar al empleador doble vez por una misma causa, lo que devendría en un enriquecimiento sin justa causa.

De acuerdo con los anteriores argumentos, se mantendrá incólume la decisión recurrida.

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,

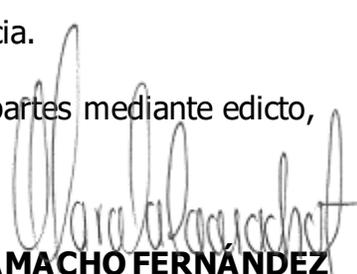
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral 6 de la a sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, condenar solidariamente a GLORIA INES CALDERON por las obligaciones causadas que entre el 5 junio de 2011 y el 18 de julio de 2011, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

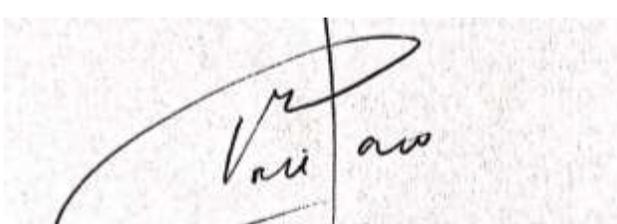
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: RAFAEL BOLIVAR RAMON
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-29-2020-00021
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: RELIQUIDACION PENSIONAL

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. RAFAEL BOLIVAR RAMON instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que la demandada efectuó una errónea liquidación de la mesada pensional, al no aplicar en derecho la fórmula de liquidación consagrada en la ley 797 de 2003 y como consecuencia de lo anterior solicita se condene a la reliquidación de la mesada pensional en aplicación del 80% como tasa de reemplazo a partir de la fecha de adquisición de la prestación, así como el pago de costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 15 de febrero de 1957 y mediante resolución SUB 69288 del 20 de marzo de 2019 le fue reconocida pensión de vejez con base en la ley 797 de 2003; que cuenta con 2.014 semanas de cotización y un ingreso base de liquidación de \$9´117.042, que la prestación fue liquidada con base en la formula decreciente aplicando una tasa de reemplazo del 75% lo que arrojó una mesada pensional para el 2019 de \$6´837.782, de acuerdo con lo anterior, el 2 de julio de 2019 elevó reclamación de nuevo estudio pensional, la que fue resuelta en resolución No. SUB 257103 del 19 de septiembre de 2019 en donde se reiteró la forma de liquidación pensional, frente a dicha decisión el 25 de octubre de 2019 radicó recurso de apelación, recurso que fue desatado en Resolución No. DPE 13319 del 14 de noviembre de 2019, en donde se reiteran los parámetros de liquidación.

2. **Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Ésta fue notificada en debida forma (fol. 57 a 58); 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 la liquidación de la pensión del demandante fue correctamente liquidada bajo los parámetros de la ley 797 de 2003, con un IBL de \$9` 117.042 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75% para una mesada pensional de \$6.837.782 con fecha de efectividad a partir del 15 de febrero de 2019. Adicionalmente, señala que el asegurado acredita 2.014, las cuales se toman 1.800 para topear y conservar la naturaleza decreciente de la fórmula de la ley 797 de 2003. Se toman entonces 500 semanas adicionales o lo que es lo mismo, 10 grupos de 50 semanas, de este modo se multiplica 10 por 1.5 (el aumento dispuesto por la ley 797 de 2003 por cada grupo de 50 semanas adicionales), teniendo un aumento del 15%, se suma ese 15% a la fórmula decreciente, esto es, la incógnita "r" (60%), teniendo finalmente una tasa de reemplazo del 75 %, la que fue aplicada, por consiguiente no es procedente aumentar la tasa de reemplazo de la pensión de vejez del señor RAFAEL BOLIVAR RAMON. Dado que no existen motivos de hecho o de derecho que permitan generar retroactivo alguno o incrementar la mesada pensional, no es procedente la solicitud de reliquidación. Propuso como excepciones de fondo la de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 68 a 72).

4. **Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 15 de febrero de 2021, mediante la cual el Juzgado absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra (fls. 90 a 92).

Su decisión se basó en que dentro del curso del proceso no se presentó discusión frente al ingreso base de liquidación, tan solo surge controversia frente a la tasa de reemplazo, pues la parte actora considera que la misma debe ser equivalente al máximo establecido. Que de acuerdo con la fórmula establecida en la 797 de 2003, R es igual al 65.50, menos el 0.50 salarios, el IBL es de \$9` 117.042, S es igual a \$9` 117.042, dividido en \$828.116 salario mínimo del año 2019, donde R es igual a 65.50 por 50 por 11, R es igual al 60 por ciento, esto es el mínimo, se disminuye en un 5.5% sobre el mínimo de tasa de reemplazo que tiene según el IBL, así entonces, como cotizó 2.014 semanas, número superior a las 1.300 exigidas, estos es 714 semanas adicionales se debe aumentar un 1.5 por cada semana y se debe tener en cuenta el factor decreciente, es decir que se debe aumentar en un 25% del punto mínimo, el cual arrojaría un 81%, sin embargo, por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas el porcentaje se incrementara en un 1.5% del IBL llegando a un monto máximo del 80 y 75.5 % de dicho ingreso, en función decreciente de acuerdo al nivel de ingreso de cotización, lo anterior quiere decir que en el mismo porcentaje que se disminuye la tasa de reemplazo se disminuirá la tasa máxima, lo cual arroja una tasa de reemplazo del 74.4 %, porcentaje inferior al determinado por Colpensiones en su momento, por tal razón concluyó que la liquidación se encuentra ajustada a derecho.

5. **Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la ley 797 establece una fórmula decreciente, la forma en que calculó la tasa del reemplazo el despacho es desacertada en la medida que aplica doble vez la fórmula decreciente, porque la fórmula que trae la norma establece que R es igual a $65,50 - 0,5$ por S , S es salarios mínimos, ósea que a más alto el IBL entre salarios mínimos es mas baja la tasa de reemplazo, es decir que la ley 797 nos señala que cuando una persona tiene un IBL

más alto su inicio de porcentaje de liquidación va a ser mas bajo, tan es así que si se toma el ingreso base de liquidación de tope nos da inferior al 55%, lo que hace la norma subir al 55%. Entonces no tiene sentido si al valor arrojado se le vuelve a aplicar una tasa decreciente del 1.5, pues seguramente nadie llegaría al 80% además de aplicársele doblemente una formula decreciente.

Por otro lado, señala que no se entiende de donde se saca que a partir de 1.800 semanas se establece un tope que la norma nunca consagró, sumado al hecho que una persona que supera 1.800 semanas nunca va alcanzar el 80 %, lo que desvirtúa completamente la intención del legislador. A su vez, indica que el 80% se consolida cuando una persona tiene un grueso de semanas cotizadas como en el presente caso, pues el actor cuenta con 2.014 semanas, es decir 40 años de trabajo.

Finalmente, señala que la que en efecto la ley 797 plantea que las personas con más altos ingresos tienen una menor tasa de reemplazo, pero en ningún momento le da un doble castigo a quienes tienen un ingreso alto y tiene un grueso de semanas cotizadas, pues esto atenta contra cualquier sistema, por lo tanto, la interpretación que se realice en cuento a la aplicación de la formula debe hacer a favor del pensionado.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: En la oportunidad para alegar de conclusión manifestó que debe revocarse la decisión de primera instancia, ya que COLPENSIONES inventa una restricción relacionada con el tope en las semanas que se tienen en cuenta para incrementar la tasa de reemplazo, lo que contradice los postulados de la ley 797 de 2003.

COLPENSIONES: En la oportunidad legal, solicita que se confirme la decisión de primera instancia, ya que volviendo nuevamente a re liquidar la pensión de vejez no arroja valores a favor del demandante, aunado a que se aplica en debida forma tasa de reemplazo de que trata el artículo 34 de la ley 100 de 1993.

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 y se estudiará en consulta a su favor en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consisten en establecer: ¿Al demandante le asiste derecho a la reliquidación de su pensión vejez, teniendo en cuenta para ello una tasa de reemplazo del 80% son su IBL?

Calidad de pensionado

No está en discusión que el señor RAFAEL BOLIVAR RAMON fue pensionado mediante la Resolución SUB 69288 del 20 de marzo de 2019, proferida por la demandada (Fol. 4 a 12), a partir del 15 de febrero de 2019, en cuantía inicial de \$6`837.782.

Reliquidación pensional

Procura el demandante que se disponga reliquidar su pensión de vejez, al considerar que la tasa de reemplazo aplicable a su caso, corresponde al 80% sobre su ingreso

base de liquidación, sin que exista reparo respecto al IBL determinado en su oportunidad por la convocada a juicio, el cual asciende a \$9` 117.042.

De acuerdo con lo anterior y con la finalidad de desatar el recurso de apelación interpuesto, debemos remitirnos a lo dispuesto en el art. 34 de la ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, precepto normativo del que podemos extraer que, para la determinación de la tasa de reemplazo, se debe tener en cuenta la formula allí plasmada:

$$r = 65.50 - 0.50 s,$$

Donde **r** corresponde a la tasa de reemplazo, **S** equivale al ingreso base de liquidación, dividido por el valor de salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, esto es el año 2019, que equivale a \$828.116.

De acuerdo con lo expuesto, tenemos entonces que para hallar **S** es necesario efectuar la siguiente operación:

$$s = \text{IBL} / \text{SMLMV}$$

$$s = \$9` 117.042 / \$828.116$$

Así las cosas, tenemos que el valor de S equivale a 11,009.

Establecido lo anterior, continuamos con el desarrollo de la formula señalada en la norma en cita ($r = 65.50 - 0.50 s$), para lo cual debemos en primer lugar, tomar el resultado de S: 11,009 y multiplicarlo por 0.5 y, en segundo lugar, procederemos a reemplazar la formula.

$$11,009 \times 0.5 = 5.5045$$

$$r = 65.50 - 5.5$$

$$r = 65.50 - 5.5$$

$$r = 60$$

Ahora bien, contempla el norma objeto de estudio que a partir del año 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, sin que en ningún caso el valor total de la pensión pueda ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Conforme la resolución de reconocimiento del derecho pensional del actor SUB 69288 del 20 de marzo de 2019 (fls. 4 a 12), el señor RAFAEL BOLIVAR RAMON acreditó durante toda su vida laboral un total de 14.099 días laborados, que corresponden a 2.014 semanas válidamente cotizadas.

Tenemos entonces que el mínimo de semanas requeridas a los que alude la norma en cita corresponde a 1.300, por ende, el demandante cuenta con 714 semanas adicionales, es decir que le corresponde un porcentaje adicional de 1.5% del ingreso base de liquidación en relación a cada 50 semanas adicionales.

Por lo planteado precedentemente, válidamente podemos efectuar la siguiente formulación:

Semanas adicionales = $(2014 - 1300 = 714 \quad 700/50 = 14 \times 1.5\% = 21 \%)$.

Para la contabilización de las semanas adicionales deseamos las 14 semanas que superan las 700, en razón a que el aumento dispuesto en la norma se aplica por cada 50 semanas adicionales de cotización, no por su fracción. En consecuencia, se tiene que el actor cuenta con 700 semanas adicionales de cotización, esto es, 14 puntos sobre los cuales aplicar el 1.5% de porcentaje adicional, para un total de 21% de incremento sobre el porcentaje atrás calculado.

Efectuada entonces la sumatoria de r (60) más el porcentaje resultante de las semanas adicionales (21%), tenemos una tasa de reemplazo equivalente a 81%, sin embargo, tenemos que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del art. 34 de la ley 100, con su respectiva modificación, en ningún caso el valor de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación.

En este punto es necesario precisar que, no resulta válida la interpretación del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 en la forma efectuada por Colpensiones y la Juez primigenia, en el sentido de proceder a efectuar aplicación decreciente de la tasa de reemplazo sobre el porcentaje constitutivo de semanas adicionales, que para el caso de autos corresponde al 5.5%, pues ello conllevaría a la aplicación de una doble función decreciente, lo que sin lugar a dudas hace inalcanzable el porcentaje máximo del 80% a que alude la norma. Proceder de esta manera contraría la regla de interpretación según la cual debe buscarse el efecto práctico y útil de las disposiciones y contraría el principio del indubio pro operario, según el cual ante la duda en la interpretación de las fuentes del derecho debe prevalecer aquella que favorezca al trabajador o afiliado, por ende, la Sala únicamente aplicó esta función sobre el nivel de ingresos de cotización, con miras a que las semanas cotizadas en exceso generen protagonismo al momento de la determinación de la tasa de reemplazo.

Adicionalmente, se debe resaltar que sobre la manera de liquidar la prestación de vejez bajo los parámetros expuestos en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL3785 de 2019, enseñó cómo se debe proceder a efectuar el cálculo de tasa de reemplazo, así:

“En consecuencia, al aplicar dicha fórmula, teniendo en cuenta el IBL calculado por el ISS en \$4.246.969, dividido en el salario mínimo mensual vigente para el año 2009, correspondiente a \$497.000, el número de salarios mínimos asciende a 8.54, el que multiplicado por 0.50, arroja un valor de 4.27, guarismo que restado al 65.50%, da igual a un porcentaje del 61.23%. Luego, al contar la actora con 1.561 semanas, se deduce que 411 son adicionales a las 1.150 que consolidaron su derecho pensional para ese año, por lo que al aplicar el 1.5% a cada 50 semanas posteriores, se obtienen 12 puntos que incrementan el porcentaje calculado, para un total del 73.23%, el cual evidentemente también es menor al 78% reconocido por la entidad convocada a juicio”

Ante el anterior panorama, tenemos que en efecto le asiste razón al apelante en cuanto a que no existe disposición que permita que para efectos de la determinación de la tasa de reemplazo se imponga un límite en el número de cotizaciones y que el mismo sea delimitado por la misma entidad demandada en 1.800 semanas cotizadas, pues dicha restricción cercena flagrantemente no solamente el derecho pensional del actor, sino el de todos aquellos afiliados que cuenten en su haber con una densidad de semanas superior a la mínima.

Aunado lo anterior, los postulados planteados por la encartada para efectos de negar el derecho pensional del actor en debida forma desnaturalizan lo reflejado en el art. 34 de la ley 100 de 1993, modificado por artículo 10 de la Ley 797 de 2003, pues conforme el número de semanas acreditados por el actor, se desbordaría el tope máximo de porcentaje de reconocimiento pensional, sin embargo, no es la entidad la llamada a crear posturas jurídicas carentes de asidero jurídico tendiente a controlar o limitar el porcentaje de la tasa de reemplazo, pues fue el mismo legislador el que estableció que a través de una fórmula matemática como se debe hallar, al punto de incorporar en la normatividad que en ningún caso la pensión de vejez puede ser superior al 80%, porcentaje que es reclamado justamente por la parte actora.

Conforme con lo hasta aquí expuesto, se deberá revocar íntegramente la sentencia objeto de censura y como consecuencia de lo anterior, esta sala de decisión dispondrá la reliquidación de la pensión de vejez del actor a partir del 15 de febrero de 2019 en cuantía de \$7`293.633,6, que corresponde al 80% del IBL determinado en su oportunidad por COLPENSIONES y el cual corresponde, como ya se dijo, a \$9`117.042.

- **Retroactivo**

De conformidad con el art. 283 del CGP la Sala debe determinar la condena, encontrando una vez realizadas las operaciones aritméticas que, la demandada adeuda al demandante la suma de \$13.316.723,14, por la diferencia causada entre la mesada inicialmente reconocida y la aquí determinada en el interregno del 15 de febrero de 2019 al 30 de abril de 2021.

El valor de las diferencias se encuentra discriminado a continuación.

Año	Pension Inicial	Pension reliquidada	Diferencia	N. de mesadas	Total
2019	\$ 6.837.782,00	\$ 7.293.633,60	\$ 455.851,60	11,5	\$ 5.242.293,40
2020	\$ 7.097.617,72	\$ 7.570.791,68	\$ 473.173,96	13	\$ 6.151.261,49
2021	\$ 7.211.889,36	\$ 7.692.681,42	\$ 480.792,06	4	\$ 1.923.168,25
				TOTAL	\$ 13.316.723,14

Se autoriza a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal se deben hacer con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528.

Excepción de prescripción

Frente a la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que la pensión le fue reconocida al demandante a partir del 15 de febrero de 2019 y que radicó la demanda el 15 de enero de 2020, como aparece en el acta individual de reparto visible a folio 55, es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que se debe declarar no probada la excepción de prescripción.

Por las resultas del proceso, se declaran no probados los demás medios exceptivos propuesto por la encartada.

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 15 de febrero de 2021, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez del señor RAFAEL BOLIVAR RAMON a partir del 15 de febrero de 2019, en cuantía inicial de \$7`293.633,6.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a pagar a favor de RAFAEL BOLIVAR RAMON la suma de \$13.316.723,14, por concepto de diferencia causada entre la mesada inicialmente reconocida y la aquí determinada en el interregno del 15 de febrero de 2019 al 30 de abril de 2021. Se autoriza a COLPENSIONES a realizar el descuento por los aportes de ley con destino al sistema general de seguridad social en salud, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de la demandada COLPENSIONES.

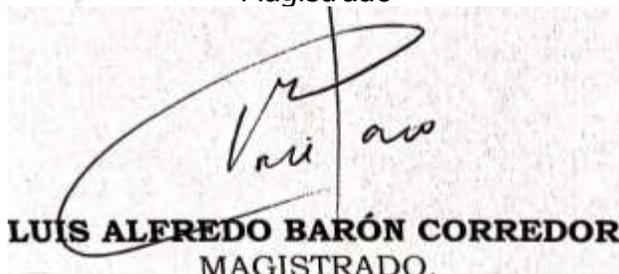
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: DUVAN STEVEN GARCÍA RAMOS
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-28-2019-00706-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: INDEXACIÓN RETROACTIVO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE

Bogotá D.C, treinta (30) de abril de 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. Duvan Steven García Ramos instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que le reconozca la indexación sobre las mesadas pensionales canceladas del día 12 de octubre del 2009 al 30 de febrero del 2016 por un valor de \$41.149.269 al momento en que se efectúe el pago. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: nació el 21 de junio de 1996; que el 11 de agosto del 2014 reclamó ante Colpensiones la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su progenitora; que mediante la Resolución GNR 411697 del 18 de diciembre del 2015 Colpensiones le reconoció y pago la pensión de sobreviviente reclamada; que con base en dicha resolución se le canceló el retroactivo por las mesadas causadas entre el 12 de octubre del 2009 al 30 de enero del 2016 por un valor de \$41'149.269; que el retroactivo le fue pagado el 30 de febrero del 2016; que la mesada reconocida fue en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente; que solicitó la indexación del retroactivo, sin obtener una respuesta favorable, pues Colpensiones mediante la Resolución SUB 211068 del 8 de agosto del 2018 le indicó que el valor del retroactivo no podía ser indexado, debido a que el reajuste de las pensiones reconocidas proceden de forma anual y con base al IPC.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 43), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda señalando que los actos administrativos expedidos a favor de la parte actora se encuentran ajustados a derecho, pues se tomaron las semanas cotizadas y reportadas. Indicó que el actuar de la demandada siempre ha estado revestido de buena fe. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, incompatibilidad de intereses moratorios e indexación, prescripción, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la genérica. (fol. 45 y ss.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de febrero del 2021, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Su decisión se basó en que considera que no hay lugar a indexar el retroactivo adeudado, pues la depreciación monetaria fue saneada entre el año 2009 y el año 2016 con los incrementos que se hicieron conforme al IPC por tratarse de una pensión de salario mínimo.

5. Impugnación del demandante. Inconforme con la anterior decisión el accionante interpuso recurso de apelación argumentando que se debe ordenar la indexación del retroactivo conforme lo tiene sentado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 736-2013. Señala que la fuente de la indexación no sólo reposa en la Ley sino también en la Constitución Política. Que en razones de justicia y equidad debe ordenarse la indexación. Que se debe revisar la pérdida del poder adquisitivo de la pensión a la cual tienen derecho los pensionados.

6. Alegatos de conclusión. El apoderado judicial de COLPENSIONES en escrito allegado en tiempo, solicita que se confirme el fallo absolutorio de primera instancia, ya que COLPENSIONES al reconocer la prestación actualizó en debida forma el monto de la pensión de sobrevivientes.

Por su parte, el apoderado judicial de la parte demandante, en uso de los alegatos de conclusión, manifestó que se debe revocar la sentencia de primer grado y acceder a los pedimentos sobre indexación del monto reconocido como pensión de sobrevivientes.

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.

Corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Es procedente condenar a COLPENSIONES a pagar la indexación sobre el retroactivo cancelado al accionante?

Reconocimiento pensión

No se controvierte que Colpensiones mediante la Resolución GNR 411697 del 18 de diciembre del 2015 reconoció al señor DUVAN STEVEN GARCÍA RAMOS una pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de su progenitora a partir del 12 de octubre del 2009, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente. Y que ordenó pagarle la suma de \$41'149.269 por concepto de retroactivo pensional por las mesadas causadas entre el 12 de octubre del 2009 al 31 de enero del 2016, las cuales fueron pagadas en la nómina de febrero del 2016.

Indexación del retroactivo pagado en la Resolución GNR 411697 del 18 de diciembre del 2015

Por sabido se tiene que la indexación es un método económico utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo a consecuencia de la inflación. La corrección del valor del dinero no es un hecho jurídico sino económico, depende de la política monetaria y de las leyes del mercado. Por ello, su reconocimiento por el derecho no es más que una consecuencia de la aplicación de los principios de justicia y equidad, lo contrario afectaría el poder adquisitivo de las personas, y así lo ha adocinado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria¹.

Sobre el objetivo de la indexación pensional la Corporación en cita ha explicado que la teleología de la corrección monetaria de las pensiones no es otra que la de contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener su valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo entre el retiro del servicio del trabajador y el cumplimiento de la totalidad de los requisitos para el otorgamiento de la pensión².

Al revisar la sentencia proferida en primera instancia se evidencia que el A quo se equivocó al absolver a Colpensiones de las pretensiones de la demanda, pues está confundiendo el incremento anual que se aplica sobre el valor de la mesada que en el caso de las pensiones de salario mínimo es por el valor del IPC, con la indexación reclamada por el promotor del litigio, teniendo en cuenta que lo que aquí se pretende es que al no haberse pagado a tiempo las mesadas causadas entre el 12 de octubre del 2009 al 31 de enero del 2016 sino únicamente hasta febrero del 2016, se indexen ante la pérdida del poder adquisitivo.

Por tanto, teniendo en cuenta que efectivamente las mesadas causadas entre el 12 de octubre del 2009 al 31 de enero del 2016 sufrieron la pérdida del poder adquisitivo al no haberse pagado en el mes en que cada una de ellas se causó es procedente ordenar la indexación reclamada.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC15055-2014 de 04 de noviembre de 2014.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 30 de julio de 2014, Rad. N° 52290, citando la sentencia del 12 de agosto de 2012, Rad. N° 46832.

Excepción de prescripción

Teniendo en cuenta que las mesadas causadas entre el 12 de octubre del 2009 al 31 de enero del 2016 únicamente fueron pagadas en **febrero del 2016** y que el demandante reclamó ante Colpensiones la indexación de las mesadas pagadas tardíamente el 15 de junio del 2018 (fol. 17) y radicó la presente demanda el 7 de octubre del 2019 (fol. 41), es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 141 del CPT y de la SS, por lo que se declara no probada la excepción de prescripción.

Cuantificación de la indexación

Una vez realizadas las operaciones aritméticas arroja que Colpensiones adeuda al promotor del litigio la suma de **\$8'403.217** por la indexación de las mesadas causadas entre el 12 de octubre del 2009 al 31 de enero del 2016, las cuales únicamente fueron pagadas en **febrero del 2016**.

<i>Indexación Retroactivo Pensional</i>						
<i>Año Inicial</i>	<i>Año final</i>	<i>Sub Total Mesasas</i>	<i>IPC Inicial</i>	<i>IPC Final</i>	<i>Factor de Indexación</i>	<i>Subtotal</i>
2009	2016	\$ 1.805.403,33	69,800	90,330	1,294	\$ 531.016,00
2010	2016	\$ 6.695.000,00	71,200	90,330	1,269	\$ 1.798.811,00
2011	2016	\$ 6.962.800,00	73,450	90,330	1,230	\$ 1.600.164,00
2012	2016	\$ 7.367.100,00	76,190	90,330	1,186	\$ 1.367.250,00
2013	2016	\$ 7.663.500,00	78,050	90,330	1,157	\$ 1.205.737,00
2014	2016	\$ 8.008.000,00	79,560	90,330	1,135	\$ 1.084.039,00
2015	2016	\$ 8.376.550,00	82,470	90,330	1,095	\$ 798.347,00
2016	2016	\$ 689.454,00	88,050	90,330	1,026	\$ 17.853,00
Total Indexación						\$ 8.403.217,00

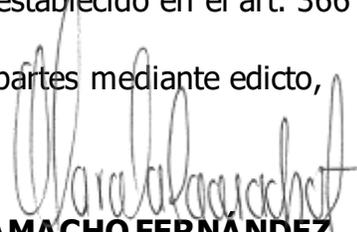
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de febrero del 2021, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **CONDENAR a COLPENSIONES** a pagar al señor **DUVAN STEVEN GARCÍA RAMOS** la suma de **\$8'403.217** por la indexación de las mesadas causadas entre el 12 de octubre del 2009 al 31 de enero del 2016, las cuales únicamente fueron pagadas en **febrero del 2016**.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$850.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

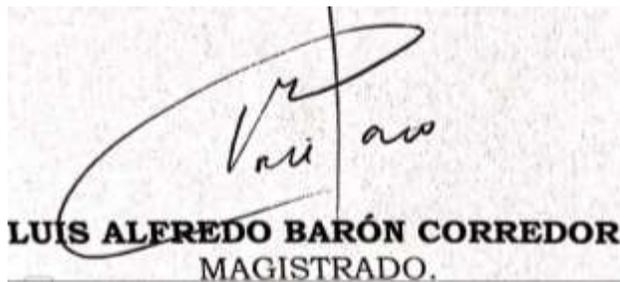
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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: SANDRA JANNETH BORDA RODRÍGUEZ
DEMANDADO: VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA VISE LTDA.
RADICACIÓN: 1100131050- 37-2019-00064-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril del dos mil veintinueve (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. SANDRA JANNETH BORDA RODRÍGUEZ instauró demanda ordinaria contra VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA VISE LTDA. con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes vigente entre el 12 de mayo de 2012 al 8 de agosto de 2018; que las bonificaciones denominadas "bonificación constitutiva de salario", "transporte adicional" código 41, "auxilio de alimento" código 47, "gastos de movilización" código 78, "gastos de movilización" código 79, "gastos de movilización" código 141, "gastos de movilización" código 250 recibidas continuas y quincenalmente constituyen factor salarial, consecuencia de ello, solicita que se condene a la demandada a la reliquidación y pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, teniendo en cuenta como salario para el año 2014 \$1´248.000, para el 2015 \$1´277.142, para el año 2016 \$1.665.203, en el año 2017 \$1´685.976 y 2018 \$1´461.461., al pago de la indemnización moratoria del art. 65 del CST, al pago de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, a la devolución del valor descontado mes a mes por concepto de póliza e intereses por préstamo, pago de horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y en general trabajo suplementario, indexación, indemnización por la no consignación de las cesantías e indemnización por el no pago de los intereses a las cesantías.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que ingreso a laborar con la demandada a través de un contrato de trabajo a termino fijo del 12 de mayo de 2012

para desempeñar el cargo de vigilante, realizando las labores de manera personal, bajo dependencia y supervisión de la demandando; que laboró jornadas de 12 horas diarias, ya fueran diurnas o nocturnas; que le fue impuesta una jornada laboral superior a la permitida legalmente; que laboraba los domingos y festivos; que por protocolo debía diligenciar libro de minutas, allí consta la hora que recibía y entregaba el puesto de trabajo, los días trabajados los domingos y festivos, las horas extras diurnas, nocturnas; que el cargo fue desempeñado en el aeropuerto para la aerolínea Avianca; que la demandada realizó un préstamo de vivienda por valor de \$25'579.392 el 30 de abril de 2014; que canceló 26'953.180 por concepto de crédito hipotecario; la demandada realizaba la deducción de la cuota del crédito más los intereses mensuales de 1.6% por un valor mensual de \$686.380; los intereses cancelados al año fueron de 19.2%; que la demandada según la tasa de amortización y con el incremento al 2% los intereses por ya no pertenecer a la empresa, adeuda \$37'103.884; que los intereses que cancela anualmente corresponden al 24% anual; la demandada realizaba la deducción denominada "deducible póliza préstamo de vivienda" por un valor mensual de \$53.000, sin embargo, nunca fue beneficiario de póliza al momento del despido injustificado; que ha cancelado el valor total de \$2'544.500; la demandada realizaba la deducción denominada "deducible plan funerario" por un valor mensual de \$5.000, sin embargo, no se encontraba afiliada a Acertar Ltda.; el 14 de junio de 2018 radico derecho de petición a la demandada solicitando fuera reubicada en algún puesto dado que se le había informado que el contrato con Avianca llegaría a su fin; que el 24 de agosto de 2018 radico derecho de petición solicitando los desprendibles de pago, sin embargo el mismo no fue resuelto; el 8 de agosto de 2018 terminó el contrato de trabajo argumentando justa causa por parte del empleador; el 24 de agosto de 2018 radico derecho de petición solicitando nuevamente desprendibles de pago; a la fecha no se le han cancelado las prestaciones sociales a que tiene derecho; que el salario devengado para el año 2014 fue la suma de \$1'248.000, el mismo se encontraba constituido por básico de \$616.000, auxilio de transporte \$72.000, auxilio extralegal de transporte código 141 \$466.396, auxilio de alimentación código 47 \$94.000; que el salario devengado para el año 2015 fue la suma de \$1'277.142, el mismo se encontraba constituido por básico de \$644.350, auxilio de transporte \$74.000, auxilio extralegal de transporte código 141 \$466.396, auxilio de alimentación código 47 \$94.000; que el salario devengado para el año 2016 fue la suma de \$1'665.203, el mismo se encontraba constituido por básico de \$689.500, auxilio de transporte \$76.000, auxilio extralegal de transporte código 41 \$138.447, gastos de movilización código 78 \$410.623, gastos de movilización código 84 \$49.275, gastos de movilización código 250 \$205.311, auxilio de alimentación código 47 \$122.000; que el salario devengado para el año 2017 fue la suma de \$1'685.976, el mismo se encontraba constituido por básico de \$737.717, auxilio de transporte \$77.597, auxilio extralegal de transporte código 41 \$324.415, gastos de movilización código 79 \$406.061, gastos de movilización código 85 \$45.186, auxilio de alimentación código 47 \$192.000; que el salario devengado para el año 2018 fue la suma de \$1'461.461, el mismo se encontraba constituido por básico de \$781.242, auxilio de transporte \$88.211, auxilio extralegal de transporte código 41 \$14.062, auxilio extralegal de transporte código 72 \$42.187, gastos de movilización código 79 \$338.853, gastos de movilización código 78 \$256.790, gastos de movilización código 84 \$18.574, gastos de movilización código 250 \$128.3965, auxilio de alimentación código 47 \$132.000; que la demandada quincenalmente pagaba bonificaciones denominadas "bonificación extralegal" código 41, 47, 72, 78, 79, 84, 85, 141, y 250; que estos conceptos no fueron tenidos en cuenta para liquidar prestaciones sociales y vacaciones; que no fueron efectuadas cotizaciones a seguridad social con el salario realmente devengado;

que la demandada adeuda reajuste a las liquidaciones anuales de los periodos laborados desde el 12 de mayo de 2012 al 8 de agosto de 2018; que la demanda no pagó la totalidad del trabajo suplementario de los días ordinarios laborados; que Avianca dio por terminado el contrato con la demandada; que la demandada no realizo examen medio laboral de retiro; que la demandante solicito que se le hiciera efectiva la póliza y se le facilitara copia integral para verificar su cubrimiento.

2. Contestación de VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA VISE LTDA.

Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que entre las partes se suscribieron 7 contratos de trabajo a término fijo, vigentes entre el 12 de mayo de 2012 y 11 de noviembre de 2013^(sic), del 29 de diciembre de 2012 al 28 de diciembre de 2013, del 29 de diciembre de 2013 al 28 de diciembre de 2014, del 29 de diciembre de 2014 al 28 de diciembre de 2015, del 29 de diciembre de 2015 al 28 de diciembre de 2016, del 29 de diciembre de 2016 al 28 de diciembre de 2017 los que terminaron por vencimiento del plazo fijo pactado, habiendo sido la trabajadora preavisada en los términos de ley. Finalmente fue suscrito contrato el 29 de diciembre de 2017 al 8 de agosto de 2018 el cual finalizó por mutuo acuerdo suscrito entre las partes. Los contratos de trabajo a su finalización fueron liquidados y pagados. Por otro lado, señala que las bonificaciones no fueron pagadas de manera permanente durante la vigencia de cada contrato suscrito entre las partes y adicionalmente aquellas que fueron pagadas no constituían factor salarial conforme lo establecido en el art. 127 y 128 del CST, en especial que ninguna de ellas retribuye prestación de servicios a la demandante, además que frente a las mismas obra pacto de exclusión salarial. Por otro lado, señala que el salario de la demandante para los años 2015 a 2018 fue de \$644.350, \$689.455, \$737.717, \$781.242 respectivamente, a la demandante se le pagaba un salario mínimo legal mensual vigente. Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia de obligación a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y prescripción (fls. 114 a 134).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de agosto de 2020, mediante la cual el Juzgado declaró sendos contratos de trabajo a término fijo, siendo el último contrato celebrado el 29 de diciembre 2017 al 28 de diciembre del 2018. Como consecuencia de lo anterior, condenó al pago de \$7.343.645 pesos por concepto de indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexada (fls. 286 a 287).

Su decisión se basó en que se encontraba demostrada la existencia de siete contratos de trabajo a término fijo vigentes entre el 12 de mayo del 2012 hasta el 11 de noviembre del 2012, del 29 de diciembre del año 2012 al 28 de junio del año 2013, 29 de julio de 2013 al 28 de diciembre de esa misma anualidad, del 29 de diciembre de 2013, al 28 de junio del 2014, del 29 de diciembre de 2014 al 28 de diciembre de 2015, del 29 de diciembre de 2015 al 28 de diciembre del año 2016, del 29 de diciembre de 2016 al 28 de diciembre de 2017 y el ultimo contrato pactado desde el 29 de diciembre de 2017 al 28 de diciembre del 2018, sin embargo, el mismo finalizó el 8 de agosto de esta anualidad, para tal efecto señaló que la celebración continua de los diferentes contratos de trabajo no corresponde a una forma de abuso de la ley laboral. Frente al trabajo suplementario, trabajo nocturno y dominicales señaló que la parte demandante no había aportado el libro de minutas al que se refiere en la demanda, a pesar de lo anterior, señaló que con la documental de folios 218 a 257 del plenario, se corrobora que los valores aquí cobrados fueron reconocidos y pagados durante la vigencia de la relación laboral a la demandante. A

su vez, indicó que la información contenida en el reporte de pagos se ajusta a la real ejecución del contrato de trabajo, pues según la declaración del testimonio Antonio María Medina da cuenta que se llevaba un control de ingreso y salida de la demandante, que era reportado directamente a Avianca y esta a su vez reportaba a la demandada, por lo tanto, se tiene demostrados los pagos por concepto de trabajo suplementario. Por otro lado, señala que la demandante no acreditó el cumplimiento de turnos con jornadas de 12 horas.

En cuanto al auxilio de alimentación, señaló que este concepto lo empezó a recibir a partir del 1 de enero de 2015 hasta la finalización de la relación laboral, que la demandante confesó que este auxilio se empezó a otorgar en virtud del servicio que empezó a realizar en el Aeropuerto El Dorado para la aerolínea Avianca, pues en las instalaciones del aeropuerto era difícil conseguir la alimentación, en razón de ello la demanda reconoció este auxilio económico. Que de acuerdo con lo anterior, este emolumento no constituye factor de salario en los términos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, pues el mismo no tuvo como finalidad retribuir el servicio, sino garantizar un alimento. Respecto a los gastos de movilización, códigos 79,84, 141 y 253, y 41, señaló que de acuerdo con lo manifestado por el testigo Fabian Marulanda, este reconocimiento económico se otorgaban a los trabajadores con la finalidad de brindar ayuda económica a los empleados que trabajaban en zonas de difícil acceso, para ello también indicó que la empresa tenía en cuenta la modalidad de los horarios y los turnos rotativos. Que de acuerdo con la cláusula 15 del contrato de trabajo y lo establecido en el art. 128 CST, este concepto se no constituye factor salarial. También señaló que los gastos de movilización 72 y 78 tenían efecto prestacional y fueron incluidos en la respectiva liquidación.

Respecto a los descuentos de los intereses, señala que los artículos 152 y 153 de CST, establece que es procedente por parte del empleador la retención de los salarios de las cuotas que se acuerden que provengan de la financiación de una vivienda. Apoyado en la sentencia SL 4613 de 2019 de la CSJ, indicó que la empleadora se encuentra en la facultad legal de otorgar préstamos a sus trabajadores y también efectivamente de realizar descuentos sobre intereses, advirtiendo que la única limitante es la implementación de los intereses moratorios que no deben ser superiores a los legales, lo que no se presentaba en este caso, como quiera que los intereses pactados correspondieron al 1.61% mensual y una vez confrontados con la tasa legal contempla en la resolución 503 del 31 marzo del 2014, la tasa máxima de interés mensual es 1.63% anual, por lo que se colige que el interés del préstamo otorgado es inferior a las tasas legales, por lo tanto se cumple con la exigencia expresada por la jurisprudencia, por lo que se torna legales los intereses reclamados.

Frente a los descuentos realizados en la liquidación final de prestaciones sociales, manifiesta que la demandante suscribió documento de fecha 3 de abril de 2014, donde se autorizaba a la empresa realizar descuentos a su salario y en la cláusula cuarta se determinó que en caso de retiro o terminación del contrato de trabajo, se autorizó de manera expresa a retener el valor de dichos conceptos para efectos de la cancelación del crédito adeudado, por lo que son legales estos descuentos.

Finalmente, en lo que hacer referencia al despido sin justa causa, señaló que la demandada finalizó el último contrato el 8 de agosto del 2018, alegando una justa causa de despido por parte su empleador, indicando que en la cláusula sexta literal j) del contrato, se establecido como una justa causa como terminación anticipada de la relación laboral el vencimiento del contrato comercial, al que se encuentra

asignado al trabajador, sin embargo, este clausulado se consideró ineficaz en los términos del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, porque excede la voluntad de las partes, pues no puede suprimirse por voluntad de ella las consecuencias legales asignadas por el legislador y las consecuencias sustanciales que emanan de las formas de contratación de trabajo, por lo tanto, no puede entenderse que la terminación fue de mutuo acuerdo. Por lo tanto, en los términos del artículo 64 del CST, la indemnización corresponde al tiempo que le hiciera falta para efectos de cumplir el término inicialmente pactado, en este caso se tiene que el contrato fue terminado el 8 de agosto de 2018, por lo tanto a la demandante le corresponde 141 días, tomando como sueldo básico la suma de \$1.562.400, por lo tanto, el valor de la indemnización por la suma de \$7.343.645 pesos, cifra que se ordenará pagar de manera indexada.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que es salario todo lo que se recibe por el trabajador en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, siendo ello así, el demandado no logró probar efectivamente que las bonificaciones de los códigos 41, 72, 78, 79, 85, 141 y el 250 no fueran retributivos de la prestación del servicio del trabajador. La parte demandada manifestó que estos conceptos eran de libre liberalidad y que sencillamente era para la movilidad del transporte del trabajador, sin embargo, no se entiende como se crean seis tipos códigos diferentes de gastos de movilización, para desalarizar estos conceptos, a pesar de ello, se observa que los mismos fueron continuos en el tiempo y que su objeto nunca varió. Respecto de la desalarización manifestó que la ley no autoriza a las partes para que dispongan que es salario y que no lo es y así lo señaló la Corte en las sentencias 39475 del 2012 y SL 122220 del 2017. De igual forma, señaló que la demandante manifestó que ella recibía el auxilio transporte y el auxilio extralegal de transporte en dinero y lo podía utilizar como bien quisiera por lo que debe ser considerado como salario pues tenía carácter retributivo. También manifestó que con la demanda se solicitó que se reliquidara las prestaciones de los años 2014 a 2017, no solamente la del 2018, pues la demandada no tuvo en cuenta en cada liquidación los emolumentos que se estaban solicitando como constitutivo de salario, por lo tanto, solicita que se disponga la reliquidación de cada uno de los contratos de trabajo incluyendo como factor salarial el auxilio de alimento y el auxilio extralegal. De igual forma, señala que la demandada es acreedora a la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por obrar de mala fe, al no tener en cuenta en la liquidación los bonos y los auxilios.

Indica la apelante que el juez no se pronunció frente al concepto de la póliza, pues si bien, el juzgador, reconoció que existía una autorización para que se generaran los descuentos por préstamos de vivienda, no reposaba en el expediente autorización de descuento por concepto póliza, por lo que nunca indicó si esos conceptos eran o no legales, a su vez, señala que el representante legal sostuvo que nunca se había dado autorización de estos descuentos, por lo que solicita que las deducciones realizadas con el código 618 y que corresponden al concepto de pólizas de vivienda, sean restituidos. Finalmente, frente al tema del préstamo de vivienda señala que como el juez de primera instancia lo reconoce, efectivamente existe un pagaré en donde se señala un capital e intereses, por lo que le pide al Tribunal haga un estudio comparativo, si efectivamente los descuentos generados por parte de la empresa demandada hacia el trabajador, eran de carácter abusivo y lesionaban el salario de la demandante.

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación y para tal efecto solicitó que se revoque la condena por concepto de despido sin justa causa y como consecuencia de ello se absuelva a la empresa de este concepto, dado que el contrato de trabajo terminó por mutuo acuerdo, el cual quedó consignado en el contrato, tal y como lo dispone el artículo 61 del CST.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito de alegaciones refirió que la demandada generó un préstamo mediante pagare 2898 del 2014, el cual se encuentra debidamente diligenciado, sin embargo, se encuentra ante un anatocismo por parte de la citada, y que dentro de la autorización de descuento y tabla de amortización donde se evidencian cada uno de los cobros y descuentos realizados a la trabajadora existen varias incongruencias que benefician un cobro exceptivo por la encartada, los cuales no superan los intereses acordados, sino que afectan su mínimo vital.

5.2. Parte demandada. Indicó que se encuentra demostrado en el expediente con las pruebas documentales y testimoniales allegadas y válidamente incorporadas y practicadas durante el trámite procesal, que cumplió a cabalidad, en los términos de ley y conforme al contrato de trabajo, cada una de sus obligaciones que como empleador le eran exigibles por la demandante, además, conforme a lo efectivamente laborado, en especial el pago de salarios y prestaciones sociales y lo relacionado con los aportes a seguridad social.

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) ¿Los auxilios de movilización, auxilio extralegal de transporte y auxilio de alimentación constituyen salario?; en caso afirmativo, ¿Es procedente disponer la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones? (ii) ¿Descontó ilegalmente el empleador el concepto denominado "póliza de vivienda"? (iii) ¿El concepto descontado por concepto de "crédito de vivienda" fue abusivo y lesivo del salario de la demandante?, (iv) ¿La demandada actuó de mala fe y resulta procedente la condena por sanción moratoria? y finalmente (v) ¿La terminación del contrato de trabajo terminó por mutuo acuerdo?

Existencia del contrato de trabajo

No ha sido objeto de discusión en esta instancia la existencia de nueve contratos de trabajo a término fijo suscritos entre las partes y vigentes en los siguientes interregnos: (i) del 12 de mayo del 2012 hasta el 11 de noviembre del 2012, (ii) del 29 de diciembre del año 2012 al 28 de junio del año 2013, (iii) del 29 de julio de 2013 al 28 de diciembre de 2013, (iv) del 29 de diciembre de 2013 al 28 de junio del 2014 (v), del 29 de diciembre de 2014 al 28 de diciembre de 2015, (vii) del 29 de diciembre de 2015 al 28 de diciembre del año 2016, (viii) del 29 de diciembre de 2016 al 28 de diciembre de 2017 y (ix) el último suscrito el 29 de diciembre de 2017 y finalizado el 8 de agosto de esta 2018. Tampoco ha sido objeto de reparo que el cargo desempeñado por la demandante fue el de vigilante.

A pesar de lo anterior y para mayor claridad en la resolución de los asuntos puestos a consideración de esta sala, de acuerdo con los contratos de trabajo, las certificaciones laborales y los preavisos aportados al expediente (fls. 31 a 32, 135 a 159), las diferentes relaciones laborales no fueron desarrolladas en la forma y en los periodos de tiempo indicados por el Juez de instancia, pues de las probanzas de los procesos se desprenden únicamente siete relaciones laborales, las que se ejecutaron en los siguientes fechas:

- a. 12 de mayo de 2012 al 11 de noviembre de 2012.
- b. 29 de diciembre de 2012 al 28 de diciembre de 2013.
- c. 29 de diciembre de 2013 al 28 de diciembre de 2014.
- d. 29 de diciembre de 2014 al 28 de diciembre de 2015.
- e. 29 de diciembre de 2015 al 28 de diciembre de 2016.
- f. 29 de diciembre de 2016 al 28 de diciembre de 2017.
- g. 29 de diciembre de 2017 al 8 de agosto de 2018.

Auxilios de movilización, auxilio extralegal de transporte y auxilio de alimentación

El Juzgado de instancia consideró que los auxilios de movilización, auxilio extralegal de transporte y auxilio de alimentación no eran constitutivos de salario, al considerar que los mismos tenían por objeto garantizar el traslado de la demandante, por lo que les restó incidencia salarial, sumado al hecho que los mismos habían sido objeto de exclusión salarial en los diversos contratos de trabajo.

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandante señala que estos conceptos eran retributivos del servicio, eran pagado periódicamente y la trabajadora podía disponer libremente de ese dinero, por lo que no quedaba duda alguna que los auxilios de movilización, auxilio extralegal de transporte y auxilio de alimentación constituían factor salarial.

De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Por su parte, el artículo 128 del mismo estatuto modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que, **no** constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, **medios de transporte**, elementos de trabajo y otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y

IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, como la **alimentación**, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Sobre esta última hipótesis, debe resaltarse, que dicho precepto establece que las partes pueden restarle naturaleza salarial a alguno de los beneficios o pagos, pero ello puede hacerlo cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo, ni tengan por finalidad enriquecer su patrimonio, sino que se otorgue para desempeñar a cabalidad sus funciones tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL10995 de 30 de julio de 2014.

Y es que la Corte fue clara en la sentencia SL 5159-2018 al señalar que:

"...es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo..."

Señala además la CSJ que "aunque esa Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada."

En cuanto a la carga probatoria en este tipo de procesos la Corte ha insistido que *"...por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida."*

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia SL 3138-2020 indicó que *"frente al artículo 128 del CST, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, es oportuno advertir por la Sala, que la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, como ocurre en este evento, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario."*

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, no queda duda alguna que la demandante percibió aparte de su salario básico, auxilios de movilización, auxilio extralegal de transporte y auxilio de alimentación, lo cuales son identificados en los desprendibles de nómina allegados al informativo con los códigos 41, 72, 78, 79, 85, 141 y el 250 (fls. 42 a 69), de ello también da cuenta las certificaciones laborales obrantes a folios 31, 32 y 61 y las liquidaciones finales cada uno de los contratos de trabajo declarados (fls 35 a 37, 39 a 41). Aunado lo anterior, nótese que la accionada no ha desconocido el pago de dichos conceptos, sin embargo, aclara que por la naturaleza de los mismos no tienen incidencia salarial.

Dentro del contrato de trabajo suscrito el 12 de mayo de 2012 las partes pactaron dentro de la cláusula adicional quinta que: *"las partes expresamente acuerdan que lo que recibe el trabajador o llegare a recibir en el futuro, adicional a su salario ordinario, ya sean beneficios o auxilios habituales u ocasionales, tales como alimentación, transporte de movilización, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o navidad por quinquenios o decenios o cualquier otro que reciba durante la vigencia del contrato, en dinero o en especie a cualquier título y bajo cualquier otra denominación, NO CONSTITUYEN SALARIO"*, en idénticos términos las partes efectuaron la misma estipulación, en lo que a los contratos de trabajo suscritos el 29 de diciembre de 2013 y el 29 de diciembre de 2014 se refiere.

En la cláusula final del contrato de trabajo suscrito el 12 de mayo de 2012, expresamente se indicó que *"el empleador podrá reconocer al trabajador una bonificación extralegal mensual por valor de \$120.000 por conceptos de gastos de movilización a favor del trabajador, de conformidad con los recorridos que el mismo debe efectuar para la prestación de los servicios de seguridad en los puestos a los que sea asignado en cumplimiento de sus funciones. Las sumas de dinero que reciba el trabajador por este concepto no serán constitutivas de salario para ningún efecto legal de conformidad con lo establecido por el art. 15 de la ley 50 de 1990 que subrogó el art. 128 del Código Sustantivo de Trabajo y podrá ser modificado, adicionado o suprimido por el empleador en cualquier momento y por ser de naturaleza extralegal y ser reconocido unilateralmente por este"*, pacto que también fue establecido en los contratos de trabajo suscritos el 29 de diciembre de los años 2012 a 2016.

A su vez, se hace notar que las partes en litigio, acordaron en la cláusula quinta del contrato de trabajo suscrito el 29 de diciembre de 2015 que *"Disponen expresamente*

las partes que no constituye salario ni factor del mismo las auxilios o beneficios habituales u ocasionales existentes o los que en el futuro llegue a reconocer el empleador convencional o contractualmente o llegue a otorgar en forma unilateral (...)”, clausulado que se replicó para las relaciones laborales vigentes entre el 29 de diciembre de 2016 al 28 de diciembre de 2017 y 29 de diciembre de 2017 al 8 de agosto de 2018.

Por lo antes visto, no queda duda alguna que tanto el trabajador como su empleador acordaron que todos aquellos auxilios extralegales no constituirían factor salarial. A pesar de lo anterior, se debe considerar que el pacto de exclusión salarial no implica que lo recibido por el trabajador no constituya salario, pues siempre debe ser objeto de análisis si el beneficio otorgado retribuye o no el servicio, tal y como lo tiene adoctrinado la sala de casación laboral de la CSJ, conforme reseña que se hiciera al inicio de las consideraciones.

Tanto el representante legal de la sociedad demandada como el testigo Fabian Marulanda Acevedo, señalaron que a la demandante le fueron cancelados auxilios extralegales de transporte que tenían por fin contribuir a la movilización de la trabajadora; específicamente el señor Marulanda afirmó que el auxilio identificado con el código 141 que correspondía a gastos de movilización, era una bonificación que se cancelaba de manera semestral reconocida en los meses de junio a diciembre y era pagado únicamente para quienes prestaban su servicio en Avianca, pues para ellos era mucho más difícil transportarse hasta el aeropuerto. Señala que los códigos 41 y 141 corresponden al mismo auxilio extralegal de transporte y para el efecto aclara que debido a un cambio en el sistema quedaron estos códigos divididos. También señaló el deponente que los conceptos de “auxilio extralegal”, “gasto de movilización” y “gastos de movilizaciones”, tenían la misma finalidad, que no era otra que contribuir a la movilización o el traslado de la demandante.

También se hace necesario advertir que si bien, fueron escuchadas las declaraciones de los testigos Anderson Cubillos Avellaneda, Sandra Patricia Leiva Infante, Erin Natalia Pérez Gallo, las mismas no ofrecen ningún aporte en lo que al tema objeto de estudio se refiere.

De la valoración probatoria, no queda duda alguna, que dichos conceptos de ningún modo retribuían la actividad laboral de la parte actora, pues los mismos fueron reconocidos únicamente con la finalidad de contribuir a que la demandante pudiera trasladarse hasta su lugar de trabajo, pues tal y como a lo afirmo el testigo Marulanda, a todos los trabajadores que operaban en virtud del contrato existente entre la demandada y Avianca se les reconocías sumas adicionales imputables a auxilios de transporte debido a que el traslado desde y hasta al aeropuerto revestía cierta complejidad debido a las rotaciones de los turnos de trabajo, así las cosas y en los términos del art. 128 del CST, dichos emolumentos no tiene incidencia salarial.

Los mismo sucede con el denominado auxilio de alimentación, pues tal y como lo sostuvo el señor Fabian Marulanda, quien fue coordinador de nómina en la demandada entre los periodos comprendidos entre el 2005 al 2018, este emolumento únicamente se le paga a los trabajadores que estaban asignados al contrato de Avianca, ello en razón a que en el Aeropuerto el Dorado no era fácil acceder a las zonas de alimentación con un valor asequible.

Aunado con lo anterior, es claro que el empleador demostró en juicio que el denominado auxilio de alimentación tenía una destinación específica, la cual era suplir y contribuir con los gastos de alimentación de su trabajador, a contra sensu, la parte interesada no ha logrado desvirtuar la esencia de este emolumento, como quiera que no demostró que este concepto si retribuyera la labor desarrollada a favor de la empresa VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA VISE LTDA.

De igual forma, se debe hacer hincapié que sobre el auxilio de alimentación se realizó un pacto de desalarización tal y como se advirtió anteriormente, el cual fue plenamente ratificado por el actor al momento de absolver el interrogatorio de parte y que resulta completamente válido, pues a pesar de que el auxilio de alimentación es reconocido de manera habitual, se encuentra contenido en el artículo 128 del CST como pagos que no constituyen salario, ello sumado al hecho que entre trabajador y empleador acordaron que este concepto no tendría incidencia salarial.

Si bien, ha señalado la Sala Laboral de la CSJ que cuando exista un pacto de desalarización entre las partes que no tiene un fin específico y que se reconoce con habitualidad, puede entenderse como retributivo del servicio a falta de cualquier medio para desvirtuar su condición salarial y así quedó plasmado, entre otras, en la sentencia CSJ SL8216-2016, lo cierto es que en el sub judice no se presenta tal condicionamiento, pues ninguna de las pruebas allegadas al plenario dan cuenta que en virtud del principio de la primacía de la realidad lo percibido por la trabajadora era consecuencia directa de la labor desempeñada, por el contrario, se acreditó que en efecto el mismo tenía una clara destinación.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos de la apelante relacionados con la destinación que le daba la demandante a este auxilio, es necesario advertir, que por el simple hecho que la trabajadora no invirtiera el valor de dicho auxilio, para lo que realmente se le otorgaba, ello no quiera decir que por este emolumento retribuya la actividad laboral y adquiera un connotación salarial, pues conforme lo indicó el juez de instancia y así fue también se verificó por esta sala de decisión, dicho concepto tenía una clara destinación que era proveerle a la demandante una ayuda adicional para la adquisición de alimentos en el sitio donde se prestaba la labor que era en el Aeropuerto el Dorado, pues los costos de adquisición de los productos alimenticios allí son más elevados.

En este estado y en vista que no se logró derruir la desalarización del auxilio de alimentación y tampoco se ha logrado desnaturalizar este concepto, es claro que el mismo no constituye factor salarial, por ende, no resulta procedente disponer la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, y aportes al sistema de seguridad social integral, lo que conlleva a que la sentencia impugnada en este punto sea confirmada.

Pólizas

Tal y como lo advirtió la recurrente el juez de instancia omitió efectuar pronunciamiento en respecto de la petición que tiene por objeto ordenar la devolución de los dineros descontados por concepto de "pólizas". Se advierte que ante tal omisión la parte demandada no solicitó la adición de la sentencia, por tal razón y en aplicación de lo dispuesto en el art. 295 del CGP, esta colegiatura esta llamada a pronunciarse frente a este asunto en particular.

Señaló la parte demandante en su libelo genitor que Vigilancia y Seguridad Limitada VISE Ltda. a raíz de un crédito hipotecario concedido por su empleador, descontaba mensualmente \$53.000 por concepto de "deducible póliza préstamo de vivienda", el que se identificaba con el código 618, sin embargo, no fue beneficiaria de la póliza adquirida al momento del despido.

Al respecto, señaló la demandada que el valor total de las cuotas mensuales del crédito hipotecario se descuenta un suma correspondiente a la cuota mensual de la póliza (fianza) de conformidad con lo pactado por las partes al momento de celebrar el negocio jurídico de préstamo, fianza que únicamente se hacía efectiva por pérdida tal del inmueble por terremoto, temblor, erupción volcánica, rayo e incendio o por muerte de algunos de los deudores del crédito hipotecario, mas no por despido como lo menciona la demandante.

Dentro del informativo, se observa documento suscrito por la parte demandante el 3 de abril de 2014 (fl. 192), contentivo de autorización de descuento, en el que se observa que la señora Sandra Janneth Borda Rodríguez como consecuencia del préstamo realizado por su entonces empleador por valor de \$27` 315.950, autorizó que fuera descontado de sus salario, prestaciones sociales y vacaciones el valor de esta obligación, estableciéndose para el efecto que el valor de la deducción mensual inicialmente sería de \$453.011, como consecuencia de ello la demandante suscribió pagaré número 2898, carta de instrucciones para su diligenciamiento y tabla de amortización; de este último documento claramente se establece que las deducciones a realizar sobrepasan lo autorizado por la demandante, pues a parte del valor referenciado anteriormente se incluye un valor de \$41.183 por concepto de "valor de la póliza" el cual fue incrementado posteriormente.

De acuerdo con lo anterior, es claro que los descuentos realizador a la parte actora no solamente sobrepasan lo autorizado mensualmente por ella, sino que se realizan descuentos sobre valores que no se encuentran incluidos en la autorización de folio 192 del plenario. En este orden de ideas es claro que este descuento es ilegal a la luz del artículo 149 del CST. Como consecuencia de ello se dispondrá la devolución de los saldos descontados por este concepto, para tal efecto se tiene en cuenta la tabla de amortización y los desprendibles de nómina obrantes en el expediente.

Previo a determinar su valor, se debe resolver la excepción de prescripción, como quiera que la misma fue propuesta por la parte actora

El término de prescripción conforme lo dispone el art. 488 CST es de 3 años, el cual se interrumpe por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.

Teniendo en cuenta que no se presentó reclamación ante la demandada, es claro que la prescripción sólo se interrumpió con la radicación de la demanda el 25 de enero de 2019 (fol. 77), por lo que se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con este concepto durante los periodos exigibles con anterioridad al **25 de enero de 2016**.

De acuerdo con lo anterior y efectuadas las operaciones aritméticas, se condenará a la demandada VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA VISE LTDA. a pagar a favor de la señora Sandra Janneth Borda Rodríguez la suma de \$1.444.682.

Indemnización moratoria

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.

En relación con la indemnización, 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, la misma no es 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, 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 actuó 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 encuentra sala que el actuar de la demandada haya estado revestido de mala fe; pues si bien es cierto efectuó descuentos sobre un concepto que no se encontraba autorizado, es evidente que la misma no se hizo con el ánimo de soslayar los derechos laborales de la demandante, sino que por el contrario extendió la autorización de descuento dada por la trabajadora a todos los conceptos que se derivaban del crédito de vivienda otorgado, en virtud del pagaré suscrito, pues allí se indica que la obligación se extiende no solo al capital e intereses sino a primas de seguro, entre otros.

De acuerdo con lo anterior, no hay lugar a impartir condena por este concepto.

Indexación

Ante la evidente devaluación monetaria y teniendo en cuenta las demoras en el pago de los saldos descontados ilegalmente, se ordena que la suma adeudada por este concepto se pague debidamente indexada desde la fecha en que fue realizado cada uno de los descuentos y hasta la fecha en que se efectúe su pago.

Crédito de vivienda

Frente a este tema el Juez de instancia señaló que al empleador se encuentra facultado legalmente para otorgar préstamos a sus trabajadores, siempre que los intereses moratorios no sean superiores a los legales, como en el presente caso, pues encontró que la tasa de interés dada por el empleador estaba por debajo de la legal.

Frente a la conclusión del a quo la recurrente no formula ningún cuestionamiento, ni censura los argumentos allí esbozados y únicamente se limita a deprecar de este órgano colegiado un estudio comparativo con la finalidad de establecer si los descuentos generados fueron abusivos y lesionaban el salario de la demandante.

En virtud de lo anterior y como quiera que la interesada no cumplió con el deber de sustentar en debida forma su recurso de alzada, el mismo deberá ser desestimado, en lo que a este punto se refiere, pues no se puede pretender que a raíz de la indebida formulación del recurso de alzada se efectuó un control de legalidad sobre este pedimento, cuando ni siquiera no se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta sobre sentencia dictada.

Indemnización por despido sin justa causa

De conformidad con lo establecido en el literal h) del artículo 61 del C.S. del T., el contrato de trabajo puede terminarse unilateralmente por una de las partes, siempre que medie una de las justas causas contempladas en el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, que modificó los artículos 62 y 63 del estatuto del trabajo, so pena de tenerse por finalizado por incumplimiento de lo pactado, en virtud de la condición resolutoria en él contenida, lo que da lugar al pago de los perjuicios, previamente tarifados en el artículo 64 del C.T. del T., en el evento de que su culminación se dé por una decisión unilateral e injusta del empleador.

Frente a éste tema, debemos recordar que desde tiempo atrás nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL 1166-2018 ha explicado que para el evento del despido y la procedencia de la indemnización en mención, al trabajador le corresponde demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y, a éste le incumbe acreditar la justificación del hecho o hechos que lo originaron, recordándose que para ello, no es suficiente la mera enunciación que hacen las partes de tales hechos en la demanda, la contestación o sus alegaciones, sino que la ley les impone, traer al debate judicial los elementos probatorios destinados a verificar que éstos acontecieron, como lo prescribe el artículo 167 del CG del P. aplicable al asunto por analogía del artículo 145 del CPT y SS.

En el caso bajo examen a partir de las pruebas obrantes en el proceso encuentra la Sala, que no existe prueba de que la demandante haya sido despedida el 8 de agosto de 2018 como se afirma en la demanda, tampoco es clara la forma de finalización del vínculo laboral, pues por un lado la parte demandada señala en su contestación que la misma se terminó por mutuo acuerdo y así también lo indica el representante legal de la demandada al momento de absolver el interrogatorio, de la misiva de fecha 24 de agosto del de 2018, remitida a la demandante por correo certificado (fls. 200 a 201) y la liquidación final del contrato de trabajo (fl. 35) el contrato finalizó por abandono del cargo imputable a la demandante.

De acuerdo con lo anterior, y en vista que la demandante no cumple con su carga probatoria de demostrar el despido; se deberá revocar el fallo apelado en este asunto, y como consecuencia de lo anterior, se absolverá a la demandada de este pedimento.

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 en numeral segundo de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2020, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada del pago de la indemnización por despido sin justa causa.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral tercero de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2020, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA VISE LTDA. a pagar a favor de la señora SANDRA JANNETH BORDA RODRIGUEZ la suma de \$1.444.682 por concepto devolución de descuentos ilegales, suma que deberá ser debidamente indexada, conforme la parte motiva de la providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

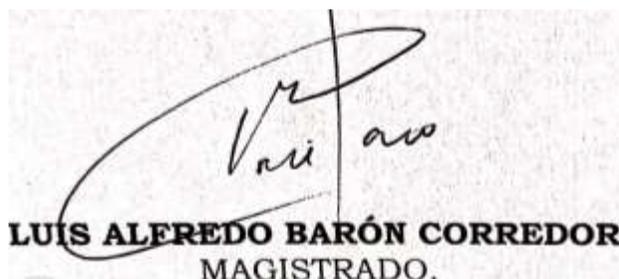
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
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: LUZ MARYEY GUZMAN SALAZAR
DEMANDADO: GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-04-2018-00266-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA AMBAS 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. Luz Maryey Guzmán Salazar instauró demanda ordinaria contra Grupo Empresarial en Línea S.A. con el fin de que declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 15 de enero del 2001 al 19 de enero del 2018; que la renuncia que presentó fue coaccionada, por lo que se debe declarar el despido sin justa causa. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías, sanción por no pago oportuno de los intereses a las cesantías, indemnización moratoria, aportes a seguridad social, salarios dejados de pagar, IVA del 16% descontado a la demandante. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que celebró contrato con la demandada a término indefinido entre el 15 de enero del 2001 al 19 de enero del 2018; que se desempeñó como vendedora de apuestas en línea en Bogotá; que desarrolló la labor de manera personal, cumpliendo un horario de trabajo; que realizó su actividad en diferentes puntos de venta; que el salario devengado para el año 2011 fue de \$470.000; que el 19 de enero del 2019 la demandada le retiró los códigos de venta, como consecuencia de un hurto, por lo que fue retirada del trabajador; que no se le han pagado las acreencias laborales que reclama en la demanda.

2. Contestación de la demandada. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que jamás tuvo un vínculo laboral con la demandante. Que la actora se desempeñó como colocadora de apuestas y desarrolló su labor de manera independiente y sin subordinación, no percibía salario, no cumplía horario. Que entre las partes lo que existió fue un vínculo mercantil. Que la labor la desempeñaba por su propia cuenta y riesgo. Que no tenía contrato de exclusividad. Que ejerció la actividad comercial, pero en las fechas señaladas por la demandante (no

dice en cuáles). Que la Ley permite la contratación de colocadores independientes de apuestas. Que no existió ninguna renuncia, que simplemente deja vender el producto y ya. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del contrato laboral entre el demandante y el grupo empresarial en Línea SA, ineptitud de la demanda por falta de requisitos, relación comercial, ausencia de legitimación por activa y por pasiva, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, pago, inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 145 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de mayo del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 189)

Su decisión en lo que interesa a los recursos se basó en que la demandante logró probar la prestación personal del servicio la cual fue desvirtuada por los testigos traídos por la demandada, los cuales manifestaron que la labor desempeñada por la accionante era de manera independiente y autónoma.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante manifestó que no se revisó la declaración de la demandante ni de la testigo traída por ellos. Que existió un contrato de trabajo encubierto en un contrato comercial. Que se cumplen los presupuestos del art. 23 del CST por lo que se debe establecer la existencia de un contrato de trabajo. Que se debe estudiar el presente caso en virtud del principio de la primacía de la realidad. Que no existió buena fe de la demandada. Que hay que tener en cuenta que el local donde la demandante laboraba, los elementos y el uniforme eran otorgados por la demandada.

5. Alegatos parte demandada. En su escrito indicó que en el fallo de primera instancia se tuvieron en cuenta las pruebas allegadas y practicadas, probándose la calidad de independiente de la demandante, es decir, que la relación existente entre las partes fue de carácter mercantil a través de un contrato de colocador independiente de apuestas permanentes.

Sostuvo que la demandante era una colocadora independiente de apuestas y en el ejercicio de la actividad era autónoma en ejercer su actividad, ya que a mayores ventas mayores serían sus ingresos mercantiles que dependían de acuerdo con las ventas. Refirió que no tenía relación laboral ni cumplía horario, tampoco estaba subordinada por la calidad de independiente. Así solicitó, confirmar el fallo proferido en primera instancia, denegando todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

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 los recurrentes.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: ¿La demandada logró desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo demostrando que la demandante no se encontraba subordinada? En caso negativo, (ii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción? y (iii) ¿Se debe condenar al pago de las acreencias laborales reclamadas?

Presunción de existencia de una relación laboral

No se controvierte en esta instancia que la demandante prestó sus servicios para el GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A. como colocadora de apuestas, lo cual dejó sentado el fallador de primera instancia y no fue apelado por ninguna de las partes, además, esto se corrobora con el contrato comercial de colocador independiente de juego de apuestas permanentes firmado por las partes (fol. 167 y s.s.), la certificación expedida por la demandada (fol. 175), las cuentas de cobro (fol. 125 y s.s.) y la declaración de las señoras Laydu Castro Villalba y Ana María Gutiérrez Palacio, quienes también estaban vinculadas a la demandada y de la señora Lindenia Osorio García, quien manifestó que laboraba como vendedora informal vendiendo tintos en el mismo sitio donde la demandante prestaba sus servicios.

Así entonces, se tiene que el accionado concentró su energía en afirmar que el servicio personal prestado por la accionante, no se ejecutó en virtud de un contrato laboral, sino que tuvo origen comercial amparado en la autonomía de la voluntad.

Subordinación

El artículo 24° del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra como presunción legal que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La anterior máxima, representa por supuesto una situación jurídica susceptible de ser desvirtuada, es decir, que admite prueba en contrario. Su virtud consiste en relevar al trabajador de la carga de la prueba sobre la naturaleza de la prestación del servicio considerando ésta, de aparecer probado aquél, de carácter laboral. En consecuencia, quien pretenda alegar que una eventual prestación personal de un servicio se dio bajo una modalidad contractual diferente a la laboral, deberá probarla, esto es, desvirtuar la presunción antedicha demostrando que la prestación personal del servicio tuvo origen en un contrato ajeno al ámbito laboral.

Al respecto, nuestra H. CSJ, 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, y 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.**

Es necesario recordar que los jueces del trabajo y de la seguridad social están facultados para formar libremente su convencimiento con el acervo probatorio que estimen pertinente, *«inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes»*.

Sobre el tema la CSJ en sentencia SL4514-2017, señaló: *“El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.”*

Caso en concreto

En el presente caso, el fallador de primera instancia señaló que se había desvirtuado la subordinación con los testimonios traídos al proceso por la empresa demandada. Con la anterior decisión no está de acuerdo el apoderado de la parte activa, quien reitera que entre las partes se verificó una relación de tipo laboral, la cual debe ser declarada en virtud del principio de la primacía de la realidad.

Para dilucidar la controversia, sea lo primero recalcar que, conforme lo tiene sentado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 194-2019, nadie puede derivar un beneficio de su propia declaración, porque a nadie le está dado crear su propia prueba. Por tanto, la declaración de la demandante en diligencia de interrogatorio de parte, no constituye prueba a su favor.

Respecto de las documentales allegadas por la demandada, como fueron el contrato comercial de colocador independiente de juego de apuestas permanente firmados por las partes (fol. 167 y s.s.), el contrato de comodato de los elementos de trabajo (fol. 169 y s.s.), y la certificación expedida por la demandada (fol. 175), debe señalarse que no logran desvirtuar el elemento subordinante, pues precisamente nos encontramos frente a la solicitud de declaratoria de existencia de un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad.

Ahora, en lo que sí le asiste razón al apoderado de la parte actora es en señalar que en este caso no se logró desvirtuar la presunción de existencia de relación laboral, como equivocadamente lo señaló el fallador de primera instancia, pues al escuchar la declaración de la señora **Laydu Castro Villalba**, encuentra la Sala que la testigo no trabajaba en el mismo local que la demandante para tener un conocimiento directo sobre la forma en que la promotora del litigio debía ejercer su labor, pues refiere que en su calidad de administradora, pasaba cada 8 o 15 días por el sitio en donde la demandante prestaba sus servicios, por lo que no era posible que se percatara si la demandante se encontraba o no sujeta a órdenes, instrucciones, cumplimiento de horario, disponibilidad, etc

Lo mismo ocurre con la declaración de la señora Ana María Gutiérrez Palacio quien manifestó ser Directora Comercial de la demandada y haber conocido a la demandante del año 2009 a 2014 cuando estuvo laborando en el mismo sector, en tanto ni siquiera manifestó cuál era la labor que desempeñaba para la data en que dice conoció a la accionante, ni cada cuanto visitaba o concurría al sitio de trabajo de la señora Guzmán Salazar, no aduce ninguna las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que conoció los hechos narrados en el presente asunto, solo se limitó a referir que la accionante autónoma e independiente, sin que haya ninguna forma de constatar el conocimiento de su dicho, no aduce por lo que no existe certeza de que tuviera un conocimiento directo de los hechos.

Aunado a lo anterior, encuentra la Sala que la demandante debía prestar sus servicios en las instalaciones supuestamente arrendadas por la empresa demandada y con los elementos de trabajo y uniformes entregados por ella, y aunque la pasiva aduce que ello se debió al contrato de comodato suscrito entre las partes, lo cierto es que dicho documento no resulta suficiente para derruir la presunción, pues se reitera que lo perseguido en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad sobre las formalidades. Estos aspectos dejan entrever por el contrario, que la prestación del servicio por parte de la accionante giró y estuvo transversalizada por la subordinación

traducida en la continua disposición y exposición a vigilancia y control, quedando demostrado que no gozaba de autonomía para el desarrollo de la labor ni para el establecimiento de su propio horario, cantidad de trabajo y forma de vestir, limitantes de hecho que coartan toda libertad de movilidad de la trabajadora.

Sumado a todo lo anterior, al revisar el objeto social de la demandada conforme al certificado de existencia y representación legal de la demandada (fl. 16 y s.s.) se observa que su actividad principal es la operación y explotación, propia o a través de terceros, de los juegos de suerte y azar y de habilidad legalmente establecidos, lo cual tiene que ver directamente con la labor ejercida por la demandante, por tanto, debió efectuar la vinculación a través de un contrato laboral como prevé la ley, pues es claro que la labor desempeñada por la actora fue de carácter permanente, ligada estrechamente al giro normal de sus negocios, no temporal o transitoria, en tanto perduró por aproximadamente 17 años.

De esta manera, al no desvirtuarse la presunción de existencia de contrato entre las partes, carga probatoria que recaía en la pasiva, se debe declarar que se encuentran reunidos los elementos del artículo 23 del CST, por lo no hay duda que la prestación de servicios de la actora se dio en el contexto de una relación laboral que de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, sobrepasa las **formalidades** de los documentos que la demandada hizo firmar a la señora Luz Maryey Guzmán Salazar, quien sólo por asegurar un ingreso, se vio sometida a suscribir textos que no se avienen con la realidad, y que por el contrario, son totalmente adversos a lo que la realidad procesal lleva al conocimiento del fallador.

Por tanto, se revocará la decisión del fallador de primera instancia frente a este punto, para en su lugar, declarar que la relación que unió a las partes fue de carácter laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido.

Extremos de la relación laboral

Para determinar los extremos debe recordar la Sala que nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 905-2013 reiterada en la SL 630-2021, señaló que en los casos en que se conoce el año, pero no el día y mes exacto en que inició o finalizó la relación laboral se debe aproximar de la siguiente manera:

"En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendrá la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado."

Frente al extremo inicial, existe contradicción entre el contrato comercial de colocador independiente de juego de apuestas permanente firmado por las partes (fol. 167 y s.s.) en el que se establece como fecha de inicio de la relación laboral el 28 de octubre del 2010 y la certificación expedida por la accionada el 31 de octubre del 2011, en la que se indica que la señora Guzmán Salazar le presta sus servicios desde el 1° de diciembre del 2006. Por tanto, ésta Sala recurrirá a las demás pruebas obrantes en el informativo, encontrando que la testigo Lindenia Osorio García, quien manifestó vender tintos en el mismo sitio donde la promotora del litigio presta sus servicios, afirma conocer a la accionante desde hace 20 años y refiere que desde el año 2001 la vio prestando sus

servicios para la demandada, por lo que se tendrá que por lo menos laboró desde el **31 de diciembre del 2001**.

En cuanto al extremo final se tomará el **18 de enero del 2018** como quiera que esa es la fecha del último comprobante de ingreso con sello de cancelado de la empresa demandada.

Por consiguiente, se declarará la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes del **31 de diciembre del 2001 al 18 de enero del 2018**, tiempo durante el cual devengó un salario mínimo legal mensual vigente, al no haberse demostrado un salario superior.

Excepción de prescripción

Teniendo en cuenta que se declaró que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el **31 de diciembre del 2001 al 18 de enero del 2018**, y que no se presentó reclamación ante la demandada, es claro que la prescripción sólo se interrumpió con la radicación de la demanda el 17 de abril del 2018 (fol. 166), por lo que se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación a las acreencias laborales exigibles con anterioridad al **17 de abril del 2015**, al igual que lo dijo el fallador de primera instancia.

Lo anterior, con excepción de las **cesantías** cuyo 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), debiéndose declarar **no probada la excepción de prescripción** frente a esta acreencia, y en relación con las vacaciones se declara probada parcialmente en relación a las exigibles antes del **17 de abril del 2014**, en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020).

Frente a los aportes a seguridad social debe señalarse que los mismos son imprescriptibles, como quiera que constituyen el capital indispensable para la consolidación y la financiación de la pensión de vejez del trabajador. (Criterio expuesto en la sentencia de la CSJ SL 5544-2019)

Acreencias laborales adeudadas

Se liquidarán las acreencias laborales reclamadas por cuanto la accionada no demostró haberlas pagado a la señora Guzmán Salazar, para su liquidación se tomará como ya se dijo el salario mínimo legal vigente para cada año.

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 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 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.

Se debe tener en cuenta que se declaró no probada la excepción de prescripción en relación con el auxilio de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda la suma de **\$8'114.778,54** por concepto de auxilio de cesantías.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2001	\$ 286.000,00	\$ 0,00	\$ 286.000,00	1	\$ 794,44
2002	\$ 309.000,00	\$ 0,00	\$ 309.000,00	360	\$ 309.000,00
2003	\$ 332.000,00	\$ 0,00	\$ 332.000,00	360	\$ 332.000,00
2004	\$ 358.000,00	\$ 0,00	\$ 358.000,00	360	\$ 358.000,00
2005	\$ 381.500,00	\$ 0,00	\$ 381.500,00	360	\$ 381.500,00
2006	\$ 408.000,00	\$ 0,00	\$ 408.000,00	360	\$ 408.000,00
2007	\$ 433.700,00	\$ 0,00	\$ 433.700,00	360	\$ 433.700,00
2008	\$ 461.500,00	\$ 0,00	\$ 461.500,00	360	\$ 461.500,00
2009	\$ 496.900,00	\$ 0,00	\$ 496.900,00	360	\$ 496.900,00
2010	\$ 515.000,00	\$ 0,00	\$ 515.000,00	360	\$ 515.000,00
2011	\$ 535.600,00	\$ 0,00	\$ 535.600,00	360	\$ 535.600,00
2012	\$ 566.700,00	\$ 0,00	\$ 566.700,00	360	\$ 566.700,00
2013	\$ 589.500,00	\$ 0,00	\$ 589.500,00	360	\$ 589.500,00
2014	\$ 616.000,00	\$ 0,00	\$ 616.000,00	360	\$ 616.000,00
2015	\$ 644.350,00	\$ 0,00	\$ 644.350,00	360	\$ 644.350,00
2016	\$ 689.455,00	\$ 0,00	\$ 689.455,00	360	\$ 689.455,00
2017	\$ 737.717,00	\$ 0,00	\$ 737.717,00	360	\$ 737.717,00
2018	\$ 781.242,00	\$ 0,00	\$ 781.242,00	18	\$ 39.062,10
Total Auxilio de cesantías					\$ 8.114.778,54

Intereses a las cesantías y sanción por no pago de 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 asalarado 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.

Como se señaló precedentemente, los intereses a las cesantías exigibles con anterioridad al 17 de abril del 2015, se encuentran prescritos. Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$248.817,01** por concepto de intereses a las cesantías y una suma igual a título de sanción por el no pago de intereses a las cesantías.

Intereses a las cesantías				
Cesantías	Intereses a las cesantías exigibles	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
cesantías 2015	31-01-2016	360	\$ 644.350,00	\$ 77.322,00
cesantías 2016	31-01-2017	360	\$ 689.455,00	\$ 82.734,60
cesantías 2017	terminación contrato	360	\$ 737.717,00	\$ 88.526,04
cesantías 2018		18	\$ 39.062,10	\$ 234,37
Total Intereses a las cesantías				\$ 248.817,01
Total sanción por no pago intereses a las cesantías				\$ 248.817,01

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.

Teniendo en cuenta que se encuentran prescritas las primas de servicio cuya exigibilidad se presentó con anterioridad al 17 de abril del 2015, encuentra la Sala que se adeuda la suma de **\$2'110.584,10** por concepto de prima de servicios.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	días laborados	Valor prima
jun-15	\$ 644.350,00	\$ 0,00	\$ 644.350,00	180	\$ 322.175,00
dic-15	\$ 644.350,00	\$ 0,00	\$ 644.350,00	180	\$ 322.175,00
jun-16	\$ 689.455,00	\$ 0,00	\$ 689.455,00	180	\$ 344.727,50
dic-16	\$ 689.455,00	\$ 0,00	\$ 689.455,00	180	\$ 344.727,50
jun-17	\$ 737.717,00	\$ 0,00	\$ 737.717,00	180	\$ 368.858,50
dic-17	\$ 737.717,00	\$ 0,00	\$ 737.717,00	180	\$ 368.858,50
terminación contrato 2018	\$ 781.242,00	\$ 0,00	\$ 781.242,00	18	\$ 39.062,10
Total Prima de servicio					\$ 2.110.584,10

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 señalar 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 respecto de las exigibles con posterioridad al 17 de abril del 2014, encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$1'973.677,71** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 31 de diciembre del 2001-				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones exigibles	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
31-12-2012 a 30-12-2013	31/12/2014	\$ 781.242,00	360	\$ 390.621,00
31-12-2013 a 30-12-2014	31/12/2015	\$ 781.242,00	360	\$ 390.621,00
31/12/2014 a 30-12-2015	31/12/2016	\$ 781.242,00	360	\$ 390.621,00

31-12-2015 a 30-12-2016	31/12/2017	\$ 781.242,00	360	\$ 390.621,00
31-12-2016 a 30-12-2017	terminación	\$ 781.242,00	360	\$ 390.621,00
31-12-2017 a 18-01-2018	contrato de trabajo	\$ 781.242,00	19	\$ 20.572,71
Total Vacaciones				\$ 1.973.677,71

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías

Para resolver la inconformidad planteada por la parte demandante en su apelación, 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 actuó 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 el actuar de la demandada no estuvo revestida de buena fe, por el contrario, lo que se evidencia es que trató de disfrazar una relación de trabajo a través de un contrato comercial, por lo que considera la Sala que es procedente condenar al pago de la sanción por no consignación de cesantías y de la indemnización moratoria.

Cuantificación sanción por no consignación de las cesantías

El numeral 3° del art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece 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 día de retardo.**

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$22'981.255,13** por sanción por no consignación de las cesantías.

Sanción por no consignación de cesantías						
Cesantías causadas	Cesantías (Fecha en que se debían consignar)	Período liquidado	Salario	Día de salario	Días en mora	Valor Sanción
2014	15/02/2015	17-04-2015 (Antes está prescrito) a 31-12-2015	\$ 644.350,00	\$ 21.478,33	253	\$ 5.434.018,33
		01-01-2016 a 15-02-2016	\$ 689.455,00	\$ 22.981,83	45	\$ 1.034.182,50
2015	15/02/2016	16-02-2016 a 31-12-2016	\$ 689.455,00	\$ 22.981,83	314	\$ 7.216.295,67
		01-01-17 a 15-02-2017	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	45	\$ 1.106.575,50
2016	15/02/2017	16-02-2017 a 31-12-2017	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	314	\$ 7.721.437,93
		01-01-2018 a 18-01-2018	\$ 781.242,00	\$ 26.041,40	18	\$ 468.745,20
Total sanción por no consignación de las cesantías						\$ 22.981.255,13

Cuantificación indemnización moratoria

En cuanto a la indemnización moratoria, como quiera que el salario devengado durante la relación laboral correspondía al mínimo legal vigente para cada año, se debe condenar a título de indemnización moratoria a un día de salario que corresponde a la suma de \$26.041,40 (salario año 2018 \$781.242) por cada día de retardo desde el **19 de enero del 2018** hasta el momento en que se efectúe el pago de las prestaciones sociales, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2° del art. 65 del CST.

Aportes a seguridad social

Teniendo en cuenta que la demandante no fue afiliada por su empleador, se condenará a la demandada a pagar previo calculo actuarial elaborado por el fondo de pensiones en el que se encuentre afiliada o el que elija la accionante el 100% de los aportes dejados de cancelar entre el 31 de diciembre del 2001 al 18 de enero del 2018, teniendo en cuenta como salario el mínimo legal vigente.

En lo atinente al descuento del porcentaje del 25% que le correspondía sufragar al demandante por concepto de aportes a pensión, ha de advertirse el mismo no procede y, por ende, corresponde a la accionada sufragar la totalidad del aporte, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

"Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).

Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.

(...)

En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.

De ahí, que el Juez de azada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendrá al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera”.

Indexación

En cuanto a la indexación de las sumas adeudadas únicamente operará frente a la compensación de vacaciones como quiera que la indexación resulta incompatible con la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, conforme lo tiene sentado nuestra CSJ entre otras en la sentencia SL 4743-2020.

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 27 de mayo del 2019, por el Juzgado 4º 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 contrato a término indefinido entre la señora LUZ MARYEY GUZMAN SALAZAR y el GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A. entre el 31 de diciembre del 2001 y el 18 de enero del 2018, en el cual devengó como salario el mínimo legal vigente para cada año.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA a pagar a la señora LUZ MARYEY GUZMAN SALAZAR las siguientes sumas de dinero:

- | | |
|--|-----------------|
| • Cesantías | \$8'114.778,54 |
| • Intereses a las cesantías | \$248.817,01 |
| • Sanción por no pago de intereses a las cesantías | \$248.817,01 |
| • Prima de servicios | \$2'110.584,10 |
| • Compensación de vacaciones | \$1'973.677,71 |
| • Sanción por no consignación de cesantías | \$22'981.255,13 |

TERCERO: CONDENAR a la demandada GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA a pagar a la señora LUZ MARYEY GUZMAN SALAZAR a título de indemnización moratoria la suma de \$26.041,40 (salario año 2018 \$781.242) por cada día de retardo desde el **19 de enero del 2018** hasta el momento en que se efectúe el pago de las prestaciones sociales.

CUARTO: CONDENAR a la demandada GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA a pagar a la señora LUZ MARYEY GUZMAN SALAZAR a pagar previo calculo actuarial elaborado por el fondo de pensiones en el que se encuentre afiliada o el que elija la accionante el 100% de los aportes dejados de cancelar entre el 31 de diciembre del 2001 al 18 de enero del 2018, teniendo en cuenta como salarios el mínimo legal vigente.

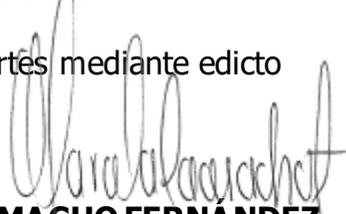
QUINTO: CONDENAR a la demandada GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA a pagar a la señora LUZ MARYEY GUZMAN SALAZAR la compensación de vacaciones debidamente indexada.

SEXTO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción, conforme a lo explicado en la parte motiva de este proveído.

OCTAVO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$750.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

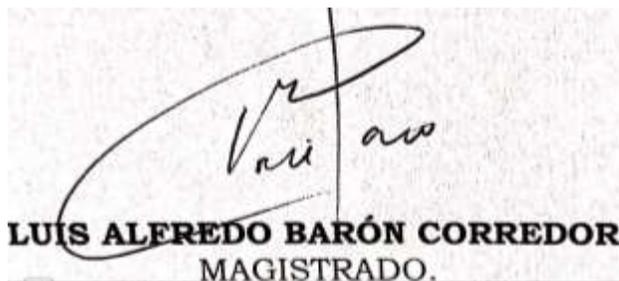
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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: ANDRES CAMILO RODRIGUEZ DIAZ
DEMANDADO: LA SANTE VITAL LTDA
RADICACIÓN: 1100131050-39-2018-00313-01
ASUNTO: APELACION 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. Andrés Camilo Rodríguez Díaz instauró demanda ordinaria contra LA SANTE VITAL LTDA con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 7 de enero del 2016 y el 16 de mayo del 2017; que se declare que el empleador le dio por terminado su contrato de trabajo sin justa causa. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a pagar la indemnización por despido sin justa causa y las prestaciones sociales desde el 17 de mayo del 2017 al 7 de enero del 2018 a título de sanción, junto con la indemnización moratoria, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 6 y s.s. y fol. 87 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que fue vinculado a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido el 7 de enero del 2016 para desempeñar el cargo de Gerente de Desarrollo de Redes; que ejecutó la labor para la cual fue contratado de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador; que devengaba como salario la suma de \$8'000.000 mensuales; que todas las reuniones debían atenderse de manera virtual; que convinieron trabajar en remoto; que cumplía sus funciones desde su casa; que el 30 de abril se le presentó una calamidad familiar, al ser hospitalizado su hijo, por lo que allegó a la empresa demandada el 5 de mayo la copia de la historia clínica y de igual forma continuó atendiendo todas sus responsabilidades; que el 5 de mayo del 2017 habló con su jefe inmediata Carolina Herrera solicitándole permiso para la semana siguiente (del 8 al 12 de mayo); que su jefe quedó en consultar con la jefe de gestión humana si se le otorgaba permiso o vacaciones; que el 8 de mayo llegó a la oficina de recursos humanos y habló con la señora Bibiana López Jefe de Gestión Humana quien le propone que aumente la licencia del hijo y tome los días restantes como permiso, lo cual le firmó la Jefe de Gestión Humana; que firmó el formato de permiso para los días 10, 11

y 12 de mayo conforme se lo indicaron y dejó los documentos para que su permiso fuera autorizado por su jefe inmediata; que a las 10 p.m. la señora Carolina Herrera lo llamó a decirle que le negaba el permiso; que el 9 de mayo realizó su labor de cierre de ciclo sin ningún inconveniente; que la señora Carolina Herrera le confirmó que el permiso estaba dado el 12 de mayo; que el 10 de mayo el Gerente General le remitió vía correo electrónico solicitud para una reunión presencial a las 3 p.m., fecha en la cual era conocido por la empresa que estaba de permiso; que dio respuesta a la solicitud informando su imposibilidad para asistir; que el Gerente General le solicitó explicación frente a su ausencia y lo requirió para que asistiera el 11 de mayo señalando que no existía el formato de recursos humanos; que el 12 de mayo del 2017 fue requerido para que se presentara a diligencia de descargos; que el 17 de mayo del 2017 la empresa demandada le dio por terminado su contrato de trabajo.

2. Contestación de la demandada. Contestó la demanda aceptando la existencia de una relación laboral y los extremos de la misma. Se opuso a las demás pretensiones señalando que no es cierto que las partes hayan convenido que el trabajo sería remoto, pues las condiciones de la contratación quedaron plasmadas en el contrato de trabajo. Que el trabajo del actor debía desarrollarse en sitios por fuera de la oficina pero no era un trabajo similar al teletrabajo. Que no todas las reuniones eran virtuales y que por lo menos una vez por semana se realizaban reuniones de forma presencial. Que no es cierto que se le dijera que se le otorgaba el permiso, sino que pasara la solicitud para analizarla y es así como el mismo actor señala que el formato de permiso quedó pendiente de la firma de su jefe inmediata. Que el contrato de trabajo terminó con justa causa ante la falta grave cometida por el trabajador al ausentarse sin permiso.

(fol. 118 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de septiembre del 2019, en la que el fallador de primera declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes entre el 7 de enero del 2016 y el 16 de mayo del 2017 y absolvió de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 172)

Su decisión se basó en que no se controvierte la existencia de un contrato de trabajo y los extremos del mismo. Indica que el demandante probó el despido, por lo que le corresponde al empleador probar la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. Que en la carta de despido se señaló como causal el incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador, al haberse ausentando sin permiso. Que se encuentra probado que el demandante no se presentó a laborar y que si bien el accionante manifestó que no se había presentado porque tenía permiso, lo cierto es que no probó dicho permiso. Que el actor aceptó que su permiso no le fue autorizado y que lo llamaron a decirle que el mismo había sido negado y a pesar de esto no se acercó a laborar. Que en el reglamento interno del trabajo se calificó como falta grave ausentarse de su puesto de trabajo sin el permiso de sus superiores, por lo que es claro que el contrato terminó con justa causa.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante manifestó que el demandante habló con su jefe inmediata y con la jefe de recursos humanos quienes de manera verbal aprobaron su permiso hasta el 12 de mayo. Que él diligenció los formatos para el permiso y que quedó pendiente la firma de su jefe inmediata porque estaba en una reunión. Que aparecen chats en los que su jefe inmediata Carolina Herrera le dice que no tiene

ningún problema en que se tome el permiso hasta el 12 de mayo. Que, si bien lo llamaron a las 10 de la noche a decirle que le habían negado el permiso, él ya había adquirido un compromiso económico de salir del país.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito indicó que el empleador trasgredió el debido proceso, puesto que no respetó la autorización del permiso que había sido conversado y autorizado por la jefe inmediata y de recursos humanos. Además, en ningún momento vulneró ni cometió faltas graves, tampoco el reglamento interno de trabajo, toda vez que sus superiores fueron las que le dieron las pautas, recomendaciones y sugerencias que debía tomar el permiso y la licencia, y no las vacaciones.

5.2. Parte demandada. Alegó que el actor estuvo vinculado a la empresa mediante contrato de trabajo celebrado a término indefinido, desde el día 7 de enero de 2016, hasta el día 16 de mayo de 2017, en el cargo de Gerente de Desarrollo de Redes. Su desvinculación de la empresa se dio, previo el desarrollo de un proceso disciplinario donde se respetó el debido proceso, por decisión unilateral del empleador, ante la evidencia de una falta grave cometida por el empleado, la cual consistió en su ausencia del trabajo durante los días 10,11 y 12 de mayo de 2018, sin permiso ni justificación.

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.

Los **problemas jurídicos** que centra la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La conducta cometida por el actor fue catalogada como falta grave por las partes y, por ende, el contrato de trabajo que las unió finalizó con justa causa?, en caso negativo, (ii) ¿La conducta que se endilga al actor constituye una justa causa para darle por terminado el contrato de trabajo?

Contrato de trabajo y sus extremos

No se discute en esta instancia, que entre el señor Andrés Camilo Rodríguez Díaz y LA SANTE VITAL LTDA existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 7 de enero del 2016 al 16 de mayo del 2017, lo cual fue aceptado por la demandada desde la contestación de la demanda, lo cual se corrobora con el contrato de trabajo celebrado entre las partes (fol. 23) y la carta de terminación del contrato (fol. 68)

Terminación del contrato de trabajo

Sea lo primero indicar, que el parágrafo del art. 62-63 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. Artículo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C 594 de 1997 señalando que al indicar la causal o motivo que fundamenta la decisión de terminar el contrato, no resulta

suficiente con invocar genéricamente una de las causales, sino que es necesario precisar los hechos específicos que fundamentan tal determinación.

El numeral 8º literal b) del art. 62-63 CST establece como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo *"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**"*.

Frente a lo anterior, nuestra CSJ ha tenido la oportunidad de referirse entre otras en la sentencia SL 2457-2018 reiterada en la sentencia SL 411-2019, en la que señaló:

"Al respecto, debe recordar esta Corporación, que cuando se invoca la violación de las obligaciones que le incumben al trabajador, la misma debe ser grave para que constituya justa causa de despido, como lo prevé la norma antes referida. Dicha gravedad es dable evaluarla al juez del trabajo, como bien lo coligió el Tribunal, contrario a cuando se aduce la comisión de una falta grave, pues ésta requiere previa calificación como tal en convención colectiva, contrato o reglamento de trabajo y no por parte del fallador. Así se explicó en sentencia CSJ SL 10 mar. 2003 rad. 35105, reiterada en fallos CSJ SL670-2018 y CSJ SL 187-2018:

Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

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

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

'El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto'.

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

En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta ...'

Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

"Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal" (Subraya la Sala).

Caso en concreto

En el presente caso, a folio 68 aparece escrito dirigido al accionante en la que la empresa demandada le da por terminado su contrato de trabajo, de la siguiente manera:

"Mediante la presente se le comunica que, luego de recibir y analizar sus descargos, la empresa considera que no existe justificación para la conducta que fue tratada en dicha reunión, por lo cual le notifica la terminación de su contrato de trabajo, con justa causa, por los siguientes motivos:

Usted solicitó permiso para ausentarse de sus labores desde el 8 al 12 de Mayo, con motivo de una situación especial relacionada con su hijo menor de edad a quien debía cuidar, por lo cual la empresa le otorgó permiso por calamidad doméstica desde el 2 al 5 de Mayo, permiso que se extendió hasta el 9 de Mayo de 2017. Usted solicitó la ampliación de dicho permiso, supuestamente porque debía continuar al cuidado de su hijo y sin estar autorizado, se ausentó de su trabajo los días 10 al 12 de Mayo del 2017; la empresa tuvo conocimiento de que usted salió del país en esos días, de manera que no era cierto que requiriera el permiso para cuidar a su hijo, por lo cual se entiende que usted incumplió su obligación primordial de presentarse a trabajar en entre el 10 y 12 de mayo, es más, usted tenía cita para reunión en la Gerencia de la compañía el 10 de mayo, a la cual tampoco asistió.

Los hechos mencionados constituyen faltas injustificadas y graves a sus obligaciones laborales, tales como las señaladas en los artículos 55, 56, 58 numeral 1 y 60 numeral 4 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual con fundamento en el Decreto Legislativo 2351 de 1965, artículo 7º, literal a), numeral 6, a la empresa no le queda otra alternativa que finalizar su vinculación laboral en la forma antes mencionada, teniendo como fecha de terminación el 16 de mayo de 2017".

De la documental anterior se infiere que, la conducta alegada por el empleador para dar por terminado el contrato fue el hecho que el actor se ausentó de su puesto de trabajo los días del 10 al 12 de mayo del 2017, sin contar con permiso de su superior.

Es necesario señalar, que se encuentra probado que el actor se ausentó de su puesto de trabajo en los días del 10 al 12 de mayo del 2017, pues él mismo lo confiesa al absolver su interrogatorio de parte; pese a ello la parte activa insiste en su apelación en señalar que contaba con permiso verbal de su jefe inmediata la señora Carolina Herrera para poder ausentarse durante el mencionado interregno.

Pues bien, es necesario recordarle a la parte activa que no es suficiente con su dicho para tener por probado que tenía permiso de su jefe inmediata para ausentarse de su puesto de trabajo los días del 10 al 12 de mayo del 2017, siendo su carga probatoria conforme lo establece el art. 167 del C. G. del P. demostrar que si tenía el permiso, lo cual no hizo, pues no trajo ni siquiera un testigo que pueda dar fe de su dicho.

Y es que, si bien nadie discute que el actor diligenció los formatos solicitando el permiso, la simple solicitud no implica que deba ser aceptada forzosamente o que su jefe inmediata tuviera la obligación de otorgar el permiso. Nótese, además que, aunque manifiesta que aparecen chats en los que su jefe inmediata Carolina Herrera le otorgó el permiso, lo cierto es que en las documentales aportadas a folio 52 y 53 bajo el rotulo de CHAT no se observa que su jefe inmediata haya procedido de conformidad y le hubiese permitido ausentarse del trabajo durante los días del 10 al 12 de mayo del 2017.

Por el contrario, conforme lo confiesa el promotor del litigio al absolver su interrogatorio de parte, su jefe inmediata Carolina Herrera lo llamó el día 9 de mayo del 2017 a las 10 p.m. y le manifestó expresamente que no se le había otorgado el permiso para los días del 10 al 12 de mayo del 2017 y pese a ello el actor decidió no presentarse a laborar.

Por tanto, se encuentra acreditado que el trabajador se ausentó de su puesto de trabajo los días del 10 al 12 de mayo del 2017 sin permiso de su jefe inmediato.

Ahora, el fallador de primera instancia señaló que dicha conducta fue catalogada por las partes como falta grave, por lo que existía justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo del señor Rodríguez Díaz, y en esa medida el Juez no podía entrar a calificar la conducta.

Al revisar el reglamento interno de trabajo (fol. 140 y s.s.) se observa en su artículo 61 que se estableció como falta grave *"El hecho de que el trabajador abandonare el sitio de trabajo sin el permiso de sus superiores, aún por la primera vez"*; conducta que como ya se dijo cometió el actor, por lo que no hay lugar a entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta, en tanto que las mismas partes en contienda estimaron la gravedad de los comportamientos, excluyendo la competencia judicial para el efecto. En consecuencia, acertó el fallador de primera instancia, al declarar que el contrato de trabajo se dio por terminado con justa causa y por ende se debe absolver de la indemnización pretendida.

Virtud de lo dicho se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

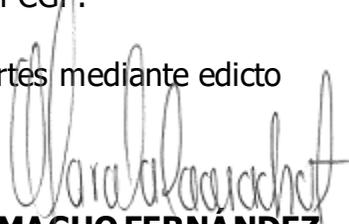
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de septiembre del 2019, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$650.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

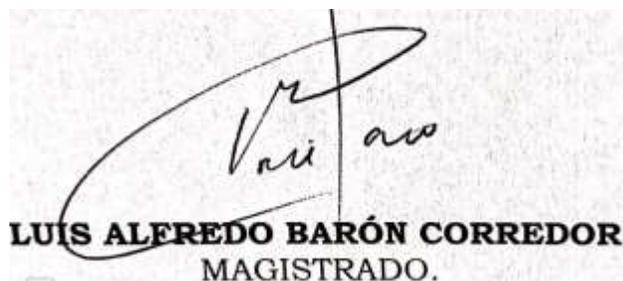
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*Se suscribe con firma escaneada 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: JAIME HERNANDEZ OLAYA
DEMANDADO: CAPRECOM
RADICACIÓN: 1100131050-21-2016-00670-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO CAPRECOM

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 tecnobgías 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 Hernández Olaya instauró demanda ordinaria contra CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo entre las partes del 19 de mayo de 1997 al 9 de mayo del 2016; que el actor pertenecía al sindicato SINTRACAPRECO; que es beneficiario de los derechos convencionales que fueron suspendidos mediante acuerdo extra convencional. Como consecuencia, se condene a la demandada a pagar el reajuste salarial, prima de junio, prima de navidad, bonificación de recreación, bonificación por servicios prestados, quinquenio, descanso especial o adicional, recreación por vacaciones, aporte educativo de los hijos, plan de atención complementaria de derechos en salud, ruta de buses, dotación, indexación y lo que resulte probado extra y ultra petita. (fol. 109 y s.s.)

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que fue vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido como trabajador oficial de CAPRECOM del 19 de mayo de 1997 al 9 de mayo del 2016; que desempeñó el cargo de profesional universitario especializado I; que se encontraba subordinado; que debía cumplir horarios y acatar órdenes; que el salario devengado era de \$3'865.000; que se celebró un acuerdo extra convencional suspendiendo algunos derechos convencionales lo cual quedó sujeto al cumplimiento por parte del gobierno nacional; que en el acuerdo se estableció que en caso de no viabilización de la entidad el acuerdo extra convencional quedaría sin aplicación; que como el gobierno en vez de salvar la empresa, la suprimió, el acuerdo convencional perdió vigencia; que ante la supresión de la demandada se acogió al Plan único de Retiro consensuado para los trabajadores oficiales de la demandada; que celebró un acta de conciliación el 5 de

mayo del 2016, la cual no hace tránsito a cosa juzgada; que elevó reclamación el 16 de marzo del 2016; que en la graduación de créditos por parte del liquidador fue rechazado su crédito.

2. Contestación demandada. Contestó aceptando la existencia de una relación laboral a término indefinido, los extremos de la misma, la calidad de trabajador oficial, el salario, el cargo desempeñado. Pero se opone a las demás pretensiones manifestando que siempre canceló a sus trabajadores todos y cada uno de los derechos convencionales vigentes al momento de causación. Propuso como excepciones de fondo los de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción, incongruencia de las pretensiones frente a las aparentes reclamaciones administrativas, cosa juzgada y retroactividad de la norma laboral. (fol. 219 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de julio del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes del 19 de mayo de 1997 al 9 de mayo del 2016; declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandada y cobro de lo no debido y absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones demandadas. (CD fol. 180)

Su decisión se basó en que, no se discute la existencia de una relación laboral mediante contrato de trabajo a término indefinido y los extremos de la misma. Que mediante Acuerdo extra convencional acordaron suspender por 10 años las cláusulas convencionales de derechos de salud, votación extralegal, auxilio de transporte correspondiente al servicio de buses, el descanso especial adicional, la bonificación por recreación y aportes educativos por lo que estas pretensiones no serán objeto de estudio.

Respecto del reajuste salario señaló que conforme a la convención 2003 el salario se incrementaría en el año 2003 y de ahí en adelante conforme al IPC. Que con la convención 2012-2013 se estableció que el salario aumentaría un punto porcentual adicional al IPC.

Que en la convención 2012-2013 se establecieron derechos convencionales como el quinquenio, la bonificación por servicios prestados, la prima de junio y la prima de navidad.

Que el 7 de junio del 2013 celebraron un Acuerdo extra convencional en el que se estableció que los trabajadores de nivel profesional tendrían un incremento salarial de \$200.000. Que se reactivó la bonificación por recreación. Que en el acuerdo extra convencional se plasmó textualmente que en caso de que el Gobierno liquide la entidad la convención colectiva conservara su vigencia y el acuerdo extra convencional quedara sin aplicación.

Que en los comprobantes de nómina que se aportaron se evidencia que al actor se le cancelaron todos los conceptos de orden convencional correspondientes a la prima de junio, a la prima de navidad, la bonificación por servicios y el quinquenio, por lo que no hay lugar a impartir condena por estos conceptos.

Respecto de los conceptos de conservación y desarrollo de los derechos adquiridos de salud, dotación extralegal, auxilio de transporte correspondiente al servicio de

rutas de buses, descanso especial adicional, bonificación por recreación y aportes educativos solicitados, en el libelo introductorio y suspendidos por el acuerdo extra convencional. Indicó que no comparte la interpretación efectuada por la activa cuando afirma que al haberse liquidado Caprecom automáticamente se reactivan todos los beneficios que han sido suspendidos, mediante las actas de acuerdo extra convencional del 12 de junio de 2003 y 7 de junio 2013, pues si bien se expresa en el segundo acuerdo, que en caso de la liquidación de la entidad, la convención colectiva conservaría su vigencia y el acuerdo convencional quedaría sin aplicación lo cierto es que no se estipula de manera alguna que dicha aplicación sea de manera retroactiva como lo pretende la aquí parte demandante.

Que el 28 de diciembre del 2015 se dispuso la liquidación de la entidad por lo que a partir de ese momento se generó la reactivación de los derechos convencionales. Que para el año 2016 se observa que se le canceló al demandante lo correspondiente al transporte convencional.

Que no tiene derecho a dotación pues es para los trabajadores cuyo salario exceda de \$450.000; que no tiene derecho a la bonificación por recreación, pues no se observa que haya disfrutado las vacaciones luego del 28 de diciembre del 2015. Que no aporta ninguna prueba de que tenga derecho a los aportes educativos. Que no tiene derecho a la bonificación especial adicional pues este fue suspendido del año 2003 a 2013. Que las partes acordaron que por la grave situación económica de la empresa los incrementos salariales serían únicamente para quienes devengarán menos de \$750.000.

Que el acta de conciliación suscrita el 5 de mayo 2016 obrante al folio 59 y siguientes del expediente, entre el demandante y la extinta Caprecom y ante el ministerio de trabajo, el empleador reconoce la suma equivalente a 4 salarios base de liquidación como compensación integral por el impacto que tuvieron los beneficios extra convencionales, dejados de percibir a partir de la terminación del contrato por la suma de \$ 21.939.996 pesos, por la cual se advierte que el actor concilió con el empleador cualquier impacto que hubiera tenido la suspensión de los beneficios de la convención colectiva lo que reafirma que la decisión es de absolver a la entidad demandada al pago de los beneficios convencionales.

4. Impugnación y límites del ad quem.

Inconforme con la anterior decisión, el demandante interpuso recurso de apelación argumentando que hubo una suspensión voluntaria de los derechos convencionales, los cuales toman vigencia desde la liquidación, es decir, desde el 28 de diciembre de 2015 y no desde el momento en que se suspendieron. Que en el acta de conciliación celebrada no se conciliaron los derechos convencionales.

Que de la lectura de los acuerdos extra convencionales de 2003 y 2013 se deduce claramente que una vez cualquiera de las partes incumpliera lo allí estipulado, quedarían sin efecto dichos acuerdos y por ende los derechos laborales serían exigibles totalmente ajustados a los postulados de dichos convenios.

Que cuando existen dudas sobre la aplicación de derechos laborales se deberá aplicar indiscutiblemente en favor del trabajador.

Que los acuerdos extra convencionales deben buscar mejorar las condiciones de la convención pactada más no desmejorarlos.

Que la CSJ ha indicado que los acuerdos extra convencionales no nacen a la vida jurídica si afectan o hacen más gravosa la situación para los beneficiarios de la convención, máxime porque la convención pactada busca es beneficiar a los trabajadores más no desmejorarlos, en este momento esos acuerdos extra convencionales, bien se podría decir que nunca nacieron a la vida jurídica porque estaban vulnerando derechos ciertos e indiscutibles que son a todas luces irrenunciables.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito señaló que las normas aplicables en esencia al caso de marras que nos atañen dentro del presente proceso; son normas internacionales como lo son el Convenio 98 con relación a la negociación colectiva, Artículo 55 Constitucional, así como el art 467 del C.S.T que se refiere a la Convención Colectiva, la cual tiene que ver con el mecanismo o documento celebrado entre empleadores y sindicatos de trabajadores para fijar condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia tal como ocurrió en el presente caso entre el SINDICATO SINTRACAPRECOM y LA CAJA DE PREVISIÓN DE COMUNICACIONES CAPRECOM LIQUIDADO. Así mismo, informó que los acuerdos de carácter extra-convencional bajo la jurisprudencia de años anteriores como lo es la sentencia SL-548 del año 2019, SL-2105 de 2015, 39744 del año 2012, 32347 del año 2018.

5.2. Parte demandada. Indicó que el actor se acogió al plan de retiro consensuado ofrecido por la entidad y firmó de manera voluntaria, espontánea y consciente el acta de conciliación, ante el Ministerio de Trabajo, declarando a la entidad a paz y salvo por todo concepto, la cual tiene fuerza legal y hace tránsito a cosa juzgada. Así sostenido en Rad. 7088 del 9 de marzo de 1995 Corte Suprema de Justicia.

Refirió que la convención por tener carácter normativo restringido no puede ser aplicado de manera retroactiva, máxime cuando las partes SINTRACAPRECOM en representación de los trabajadores y la extinta CAPRECOM no expresaron tal situación dentro de los acuerdos convencionales, que, por demás surtió todos sus efectos jurídicos ya que no adolece de vicios del consentimiento alegados, que no fueron otros que suspender los efectos de la convención colectiva en lo que tiene que ver con algunos beneficios allí incorporados, inicialmente por el término de 10 años y luego por el término de 5 años, y que en caso de liquidación de la entidad, recobrarían su vigencia.

Agregó que efectivamente la Convención Colectiva recobró su aplicación a partir del 28 de diciembre de 2015, fecha en la cual por medio del Decreto 2519 de la misma calenda, se ordenó por parte del Gobierno Nacional la supresión y liquidación de LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LAS COMUNICACIONES - CAPRECOM EICE-, y no desde el año 2003 como lo pretende la parte demandante, ya que de la lectura de los acuerdos extra-conveconales no se desprende tal interpretación.

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.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿Se le debe dar plenos efectos a los documentos denominados "*Acta de Acuerdo Extra convencional*" del 2003 y 2013 suscritos entre la entonces CAPRECOM y el sindicato SINTRACAPRECOM?

(ii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?

(iii) ¿Se debe condenar a las siguientes acreencias legales: ¿incrementos salariales, prima de junio convencional, prima de navidad convencional, bonificación por servicios prestados, dotación, ruta de buses, bonificación por recreación, quinquenio, descanso especial, recreación por vacaciones, aporte educativo de los hijos, plan de atención complementario en salud?

(iv) ¿Se debe ordenar que las sumas adeudadas se paguen de manera indexada?

Existencia del contrato de trabajo – Primacía de la realidad - la calidad que ostentaba la demandante- salario

En el presente proceso, no se discute pues no fue apelado por ninguna de las partes, que entre el señor **Jaime Hernández Olaya** y **CAPRECOM** existió un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad, entre el 19 de mayo de 1997 al 9 de mayo del 2016 sin solución de continuidad, durante el cual desempeñó el cargo de Profesional Universitario Especializado I y ostentó la calidad de trabajador oficial, lo cual se corrobora la certificación expedida por el Coordinador Administrativo de CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, visible a folio 57.

Convención Colectiva de Trabajo

Es necesario señalar que el fallador de primera instancia determinó que la parte activa es **beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo** suscrita entre CAPRECOM y el Sindicato SINTRACAPRECOM el 13 de diciembre del 2011, como quiera que se allegó el texto convencional acompañado de la respectiva constancia de su depósito en el Ministerio de la Protección Social (CD fol. 308), no existe prueba de la denuncia de dicha Convención, y además conforme al art. 471 del CST al ser el sindicato SINTRACAPRECOM mayoritario las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores sean o no sindicalizados; lo cual además no fue apelado por ninguna de las partes.

Siendo necesario precisar que no se tendrá en cuenta el texto convencional suscrito para el año 1997 -1998 como quiera que no se allegó con el correspondiente sello de depósito conforme lo exige la Ley. (fl. 136 y s.s.)

Acta de acuerdo extraconvencional

Se allegó acuerdo extra convencional del 12 de junio del 2003 en el que el sindicato y la empresa acordaron suspender por un término de 10 años contados a partir de la fecha en que se firme dicho acuerdo la dotación extralegal, el servicio de ruta de buses, el descanso especial o adicional y los aportes educativos.

Así mismo, se allegó el acta extra convencional del 7 de junio del 2013 en el que el sindicato y la empresa acordaron ampliar por 5 años más el Acuerdo extra convencional firmado el 12 de junio del 2003 y acordaron reconocer unos derechos convencionales como incremento salarial y unas bonificaciones.

Frente a la posibilidad de modificar la convención colectiva a través de un acuerdo extra convencional, la CSJ entre otras, en la sentencia SL 12577-2017, reiterada en la SL 3866-2019, señaló lo siguiente:

"Comienza la Sala por señalar que un acuerdo extra-convencional, como el que es objeto de discusión en el sub lite, no tiene necesidad de depositarse en la cartera del trabajo para que surta los efectos queridos por las partes, tal y como ya lo ha reiterado esta Corporación en múltiples oportunidades.

En efecto, desde hace cerca de una década, en sentencia CSJ SL32247-2008, reiterada entre otras en las providencias CSJ SL889-2014, CSJ SL11321-2014, CSJ SL42830-2014 y CSJ SL2105-2015, dijo la Sala:

Como regla general, en el derecho del trabajo los únicos acuerdos que deben ser depositados son los que emanan de un conflicto colectivo de trabajo cuya solución es dada por la mismas partes, pues así lo exige el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, condición que aquí no se puede predicar del convenio celebrado por la empresa y el sindicato, quienes simplemente, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, el cual no repugna en las relaciones obrero patronales, siempre y cuando no se desconozcan los derechos mínimos de los trabajadores, quisieron regular algunas condiciones de trabajo, las cuales no quedaron condicionadas en forma alguna ni se exigió del pacto mismo que fuera depositado a la usanza de las convenciones colectivas de trabajo.

(...)

También se adoctrinó entonces (CSJ SL2105-2015), que los acuerdos modificatorios únicamente son válidos en la medida que mejoren las condiciones pactadas en la convención, en tanto nada impide que los trabajadores o sus representantes, en caso de ser sindicalizados, pacten con sus empleadores prerrogativas superiores a las legal o convencionalmente establecidas.

En tal sentido, se pronunció la Sala en sentencia CSJ SL, 3 jul. 2008, rad. 32347 reiterada en la atrás reseñada y, entre otras, en la CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 39744 cuyo análisis jurisprudencial dio plena

validez a un acuerdo extra convencional en el que se acordó un beneficio adicional para los trabajadores referente a la estabilidad.

Dijo en esa oportunidad la Corporación:

Nada se opone a que en el Derecho del Trabajo los trabajadores, bien sea por sí mismos o representados por la organización sindical a la cual pertenecen, celebren acuerdos con los empleadores tendientes a regular diversas situaciones laborales y menos aún, tampoco puede haber oposición o ilicitud en cuanto con ellos se superen los mínimos derechos legales o inclusive convencionales. Si el simple acto unilateral de un empleador puede crear derechos para los trabajadores en tanto superen los mínimos legalmente establecidos, con mucha mayor razón ello puede aplicarse a los convenios directos que celebren con sus servidores.

Un acuerdo, como el que ahora ocupa la atención de la Sala, se convierte en ley para los contratantes sin desconocer el clásico principio que lo informa y según el cual debe ejecutarse de buena fe. Así se desprende claramente de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, que entre otros regulan el efecto de las obligaciones válidamente celebradas y de cuyas fuentes o nacimientos, señaladas en el artículo 1494 ibídem, vale la pena destacar el concurso real de voluntades de dos o más personas o el hecho voluntario de la persona que se obliga. (Resaltado fuera del texto).

Se tiene entonces que tales arreglos producen efectos para las partes, siempre que sean para aclarar y/o mejorar las condiciones que ya han sido pactadas, e incluso, no necesitan ninguna solemnidad y no requieren -como se afirmó a espacio- de depósito en los términos del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, para gozar de plena validez.”

Frente a los acuerdos extra convencionales firmados en el año 2003 y 2013 en lo que tiene que ver con la suspensión de derechos convencionales, considera la Sala teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial precitado que no produce ningún efecto, como acertadamente lo señaló el apelante, como quiera que con ellos no se está aclarando ni mejorando la convención colectiva de trabajo.

Excepción de prescripción

Las acciones laborales prescriben en **3 años** como se encuentra previsto en el art. 41 del Decreto 3135 de 1968, art. 102 del Decreto 1848 de 1969 y art. 151 del CPT y de la SS, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En este punto es necesario precisar que, al haber tenido el actor la calidad de **trabajador oficial**, el término prescriptivo de los salarios y prestaciones sociales a la fecha del finiquito debe contabilizarse una vez vencidos los 90 días calendario que

tiene la administración para el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones (CSJ SL 3503-2019).

En relación con las **cesantías**, éstas en principio son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral, entre otras, en la sentencia SL 981-2019 en la que se indicó que *"la norma convencional lo que regula es la forma de liquidar el auxilio de la cesantía, pero lo referente a su pago continúa sometido a la ley, es decir a partir del momento de su exigibilidad, que lo es a la terminación del vínculo laboral, y por ende es a partir de esa fecha cuando debe comenzar a contabilizarse la prescripción."*, sin embargo, como se señaló precedentemente, en tratándose de trabajadores oficiales su exigibilidad se traslada a la fecha de **vencimiento de los 90 días** calendario que tiene la accionada para pagar salarios, prestaciones e indemnizaciones.

Respecto de la compensación de las **vacaciones**, conforme lo explicó nuestra CSJ en la sentencia antes citada, con arreglo al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 *«causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, **dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho**»*, premisa que indica que luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas (negritas fuera de texto).

Así mismo, conforme al art. 46 del D. 1848 de 1969 luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de **30 días para solicitarlas**, a partir del cual *«comenzará a correr el término de prescripción de las mismas el cual es de 3 años»*

Por tanto, el término trienal de prescripción de las vacaciones de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador) y no desde la terminación del contrato.

Finalmente, se debe indicar que los aportes a pensión con destino a las entidades de seguridad social son imprescriptibles.

Aclarado lo anterior, lo primero que debe precisar la Sala es que no tendrá en cuenta para interrumpir la prescripción el formulario único para presentar reclamación oportuna de acreencias del 16 de marzo del 2016, como quiera que no tiene ningún sello de recibido de la demandada y además en dicho documento se señaló que reclamaba acreencias laborales sin especificarse o concretarse a cuáles se hacía referencia. Por tanto, teniendo en cuenta que no existe una reclamación con la cual se interrumpa la prescripción, se entiende que se interrumpió únicamente con la radicación de la demanda.

Por tanto, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el 19 de mayo de 1997 al **9 de mayo del 2016** y que los **90 días** calendario con que contaba la demandada para pagar salarios, prestaciones e indemnizaciones vencieron el **7 de agosto del 2016**, el actor tenía hasta el **7 de agosto del 2019** para **presentar la demanda** tendiente a interrumpir la prescripción, misma que surtió el **2 de diciembre del 2016** (fol. 212), en consecuencia, puede concluirse que no operó la prescripción para reclamar las acreencias laborales exigibles a la terminación del contrato.

Sin embargo, como algunas de las acreencias laborales reclamadas son **de carácter periódico**, definidas como aquellas que el empleador está obligado a pagar mientras esté vigente el contrato en forma continuada o repetida, resultan en este caso prescritas aquellas no reclamadas dentro de los tres años de la prescripción ordinaria, es decir, aquellas que su exigibilidad tuvo lugar 3 años antes de la radicación de la demanda. En esas condiciones, se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las acreencias laborales **exigibles con anterioridad al 2 de diciembre del 2013, con excepción de las vacaciones**, cuyo término prescriptivo se cuenta pasado 1 año y 1 mes de su causación, es decir, que se encuentran prescritas las causadas con anterioridad al **2 de noviembre del 2012**.

Acreencias laborales

Se pasan a estudiar las acreencias laborales pretendidas en la demanda, teniendo como salario los reportados en las nóminas pagadas al trabajador allegadas en el cd visible a folio 367, en los contratos celebrados por las partes y en sus modificaciones. En los meses en que no se reportó como fueron el año 2001 y 2002 se tuvo como salario el mínimo legal mensual vigente. Los salarios probados son los siguientes:

Año	valor salario
1997	\$ 283.200,00
1998	\$ 283.200,00
1999	\$ 283.200,00
2000	\$ 283.200,00
2001	\$ 286.000,00
2002	\$ 309.000,00
2003	\$ 516.180,00
2004	\$ 588.103,00
2005	\$ 920.255,00
2006	\$ 966.268,00
2007	\$ 1.009.751,00
2008	\$ 1.067.206,00
2009	\$ 1.149.061,00
2010	\$ 1.172.043,00
2011	\$ 1.209.197,00
2012 ene a ago.	\$ 1.266.392,00
2012 sep. a dic	\$ 2.382.812,00
2013 ene a may.	\$ 2.464.781,00
2013 jun a dic	\$ 2.664.781,00
2014	\$ 2.743.126,00
2015	\$ 2.843.525,00
2016	\$ 3.865.007,00

Salarios e incremento salarial

El artículo 45 de la convención colectiva de trabajo establece que CAPRECOM incrementará el salario de los trabajadores oficiales beneficiarios de la convención Colectiva para las vigencias fiscales 2012 y 2013, en un punto porcentual adicional al IPC causado a 31 de diciembre del 2011 y al IPC causado a 31 de diciembre del 2012 respectivamente.

Y en el Acuerdo extra convencional firmado el 7 de junio del 2012 las partes establecieron que a partir del 1º de junio del 2013 se incrementaría el salario en \$200.000 para los trabajadores oficiales a partir del nivel profesional.

Teniendo en cuenta lo anterior, y una vez revisadas las nóminas allegadas se evidencia que la demandada realizó el incremento salarial a su trabajador conforme se estableció tanto en la convención colectiva como en el Acuerdo extra convencional, por lo que no hay lugar a realizarle ningún incremento al salario del actor.

Prima de Junio convencional

El artículo 49 de la convención colectiva de trabajo indica que CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores 15 días adicionales a los pagados actualmente por concepto de prima de junio.

Una vez verificadas las nóminas aparece, como acertadamente lo encontró el A quo, que las primas de junio convencionales exigibles con posterioridad al 2 de diciembre del 2013, le fueron pagadas por la demandada conforme aparece en las nóminas allegadas en el CD que reposa a folio 367.

Prima de navidad convencional

El artículo 50 de la convención colectiva de trabajo indica que CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores 15 días adicionales a los pagados actualmente por concepto de prima de navidad, la cual se paga en los primeros 15 días de diciembre.

Frente a esta prestación ocurre lo mismo que con la prima de junio, al revisar las nóminas se observa que las primas de navidad previstas en la convención, exigibles con posterioridad al 2 de diciembre del 2013 le fueron pagadas al actor, por lo que acertó el juez primigenio al absolver de esta pretensión.

Bonificación por servicios prestados

El artículo 55 de la convención colectiva dispone que CAPRECOM continuara reconociendo a sus servidores públicos la bonificación por servicios prestados con los topes y requisitos establecidos en la Ley.

Como quiera que la Ley no contempla la bonificación por servicios prestados para los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del estado, se absuelve de esta pretensión.

Dotación

El artículo 41 de la convención colectiva de trabajo establece que CAPRECOM suministrara a todo el personal cuyo salario básico no exceda la suma de \$450.000

pesos cuatro uniformes al año como dotación. Para el año 1998 se incrementará IPC en salud el tope del salario básico para tener derecho a la dotación.

Teniendo en cuenta que el salario básico del actor a partir del 2 de diciembre del 2013 excedía de \$529.560 que fue el tope establecido a partir del año 1998, es claro que la demandante no tenía derecho a que la demandada le reconociera la dotación.

Ruta de buses

Conforme al art. 47 de la convención colectiva de trabajo CAPRECOM continuaría prestando el servicio de ruta y si bien la accionada no demostró en el presente proceso que lo haya prestado, lo cierto es que el actor no probó que se le haya causado algún perjuicio que se le deba resarcir, por este motivo, por lo que no hay lugar a impartir ninguna condena por este concepto.

Bonificación por recreación

El art. 64 de la convención colectiva establece que CAPRECOM reconocerá y pagará a sus servidores públicos 3 días de salario como bonificación especial de recreación, con ocasión del disfrute de vacaciones.

Al revisar las nóminas allegadas se observa que para las vacaciones disfrutadas en el año 2014 y 2015, la demandada canceló al promotor del litigio la bonificación por recreación en cada uno de esos años, por lo que acertó el juzgador de primera instancia al absolver de esa pretensión.

Quinquenio

El artículo 67 de la convención colectiva de trabajo establece que a partir del año 1997 CAPRECOM reconocerá y pagará a sus servidores públicos que cumplan el quinquenio con la empresa la siguiente tabla:

Años	Días
5	15
10	30
15	45
20	60
25	75

Teniendo en cuenta que el actor laboró desde el 19 de mayo del 1997 es claro que tuvo derecho al reconocimiento del quinquenio para el año 2002 (5 años), 2007 (10 años) y 2012 (15 años); sin embargo, se declaró la prescripción de las acreencias exigibles antes del 2 de diciembre del 2013, por lo que no se revisa si le fue pagado o no el quinquenio en estos años. Ahora, teniendo en cuenta que no alcanzó a laborar por 20 años para la demandada no tenía derecho a que se le pagara el quinquenio por ese tiempo, razón por la cual acertó el A quo al absolver de esta pretensión.

Descanso especial o adicional

El art. 26 de la Convención Colectiva de Trabajo establece que, para la época de festividad de navidad y año nuevo, CAPRECOM organizará dos turnos, a efectos de que a las personas que se les aplica la convención, compartan en familia estas festividades. Con este fin CAPRECOM otorgará descanso especial remunerado de cuatro (4) días hábiles sujeto a programación previa a fin de no desatender los servicios.

Al revisar las nóminas se observa que le fueron pagados estos días adicionales de descanso, por lo que acertó el juez primigenio al no impartir condena por este concepto.

Aportes educativos

CAPRECOM reconocerá anualmente, por una sola vez, los siguientes aportes educativos:

- a) Para los hijos de los trabajadores que adelanten estudios de preescolar, primaria, secundaria, carreras intermedias, técnicas y universitarias, para los años 1997 y 1998, el IPC certificado del DANE sobre el valor reconocido en 1996 y 1997; para los hijos de educación especial el valor total de la matrícula, pensión, alimentación y transporte.
- b) Para los trabajadores: CAPRECOM reconocerá el 100% de los estudios de primaria y secundaria. Los estudios universitarios, técnicos y postgrado se subsidiarán de acuerdo con la reglamentación, que para tal efecto expida el Comité de Capacitación, sin desmejorar la Resolución 01638 del 11 de diciembre de 1995.

Teniendo en cuenta que el promotor del litigio no probó ni tener hijos que adelanten estudios, ni haber estado adelantando él sus estudios, no tiene derecho a este aporte.

Plan de atención complementaria en salud

El art. 28 de la convención colectiva de trabajo señala que CAPRECOM garantizará a sus servidores públicos vinculados al momento de la expedición de la Ley 314 de 1996, a los pensionados y a su respectivo grupo familiar, la conservación de los derechos en salud a través del POS y del siguiente plan complementario.

Para los servidores públicos que se vinculen posteriormente a la entrada en vigencia de la Ley 314 de 1996 y que se hayan afiliado a CAPRECOM EPS desde el momento de su vinculación laboral se harán acreedores al plan complementario a partir del año de estar vinculados a la Empresa.

Teniendo en cuenta que el actor no probó haberse vinculado a la EPS CAPRECOM desde el momento de su vinculación, no demuestra que tenía derecho a este beneficio.

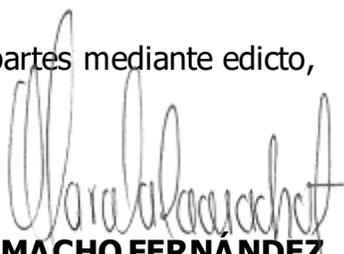
Virtud de lo dicho no queda otro camino que confirmar en su integridad lo decidido por el fallador de primera instancia.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de julio del 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$750.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

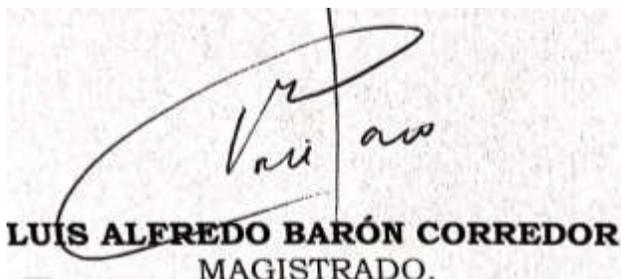
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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: CÉSAR AUGUSTO CANDIA ARANA
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-012-2019-00787-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR S.A.
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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. CÉSAR AUGUSTO CANDIA ARANA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia de traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que el demandante siempre ha permanecido afiliado al RPMPD. Se ordene el traslado de los aportes realizados en el RAIS al RPMPM junto con los rendimientos y bonos pensionales; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 37 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante nació el 5 de junio de 1961; que cotizó al RPMPD entre el 23 de junio de 1986 hasta el 30 de marzo de 2000, un total de 401 semanas; que el 1 de febrero de 1999 se trasladó del RPMPD al RAIS- AFP PORVENIR en el que actualmente se encuentra vinculado; que sumados los tiempos cotizados en los dos regímenes acredita un total de 1.266 semanas; que la decisión de trasladarse al RPMPD no fue una decisión informada, autónoma y consciente; que no se le brindó una información completa, integral, veraz y transparente sobre las consecuencias del traslado de régimen; que solicitó el traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 49), 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, señalando que el demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, el afiliado era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen y que la elección del régimen y de la administradora se llevo a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones. Que el demandante fue válidamente afiliado a PORVENIR S.A. y no probó error, fuerza o dolo,

en la afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fol. 50 y s.s.)

4. Contestación de Porvenir S.A. Dio respuesta señalando que se opone a las pretensiones de la demanda, que la afiliación en 1999 fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorado ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales individuales, tal como se presume en la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 CGP. Que la parte demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fol. 78 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de febrero del 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de traslado de RAIS. Ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar el valor de saldos aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a COLPENSIONES. Ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante, y a recibir el monto de saldos, aportes y rendimientos, sin reconocimiento del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular. Declaró no probadas las excepciones formulas y no condenó en costas.

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria es de la AFP. Que no basta con la firma del formulario. Que la AFP no cumplió con el deber de información primigenio, así como tampoco los deberes de información permanentes, durante la vigencia de la relación jurídica de afiliación. Que acoge la postura de la CSJ. Que no es necesario que sea beneficiario del régimen de transición, tenga o no un derecho consolidado o este próximo a pensionarse. Que no existe vocación de permanencia del demandante al RAIS. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible. Que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, por cuanto se evidencio una adecuada gestión frente a la administración de los recursos, tendientes a una eventual compensación entre gastos de administración frente a los rendimientos.

6. Impugnación y límites del ad quem. Recurso de apelación AFP PORVENIR. Interpuso recurso de apelación manifestando que la línea jurisprudencial de la CSJ no debe ser de aplicación automática, que el contexto en el cual se efectuaron los traslados de régimen de estas sentencias, son demandantes que tenían derechos consolidados y que eran beneficiarios del régimen de transición. Que se probó el consentimiento del demandante al suscribir el formulario de afiliación, que era el requisito esencial para el momento de realizar su traslado régimen y que no existía obligación de dejar por escrito la información que se le suministraba al afiliado. Que la motivación principal es el posible monto de la mesada pensional. Que del interrogatorio de parte se extrae que conocía la naturaleza del RAIS.

7. Alegatos de conclusión.

7.1. Parte demandante. En su escrito indicó que de acuerdo con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es clara la potestad radicada en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones, para escoger en forma libre y voluntaria el régimen al cual desean estar vinculados para efectos de obtener el reconocimiento de la Pensión por Vejez, el cual debe estar precedido de una información veraz, clara, completa y transparente por parte de la Administradora de Pensiones del Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad, de las consecuencias e impacto que tendría esta decisión en la situación pensional de quien asume esta decisión.

Señaló que la AFP Porvenir tenía la obligación de brindar información a lo largo de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute de la mesada pensional, debiendo proporcionar a sus afiliados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y el afiliado.

7.2. AFP Porvenir S.A. Alegó que no 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 invocó 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 sea 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 párrafo 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.

7.3. Colpensiones. Arguyó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante el señor CESAR AUGUSTO CANDIA ARANA y la AFP PORVENIR S.A es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR 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 en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios** : (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de

información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el actor fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del 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 es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el 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 acreditado en el plenario que el señor César Augusto Candia Arana cotizó al ISS desde 23 de junio de 1986 hasta el 30 de marzo de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. (fol. 21) y que el 1 de febrero de 1999 firmó la solicitud de afiliación a la AFP Porvenir S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 102 y 103)

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PRIVADA, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994 - 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 AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **César Augusto Candia Arana**, 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.

Y es que no es cierto como lo señala el apoderado de la AFP PORVENIR, que con el interrogatorio de parte absuelto por el actor se logra establecer que se le brindó la información necesaria al momento del traslado, como quiera que lo único que menciona el señor Candia Arana es que el fondo privado le hizo una visita en su lugar de trabajo, que los abordaban por grupos de dos, que le dijeron que el fondo privado era la mejor opción, que iba a tener una cuenta individual, que era incierto si el ISS se iba a liquidar, que no se le iba a perder su dinero, que la pensión era heredable, que iba a tener una rentabilidad, y las ventajas de trasladarse al RAIS, lo cual no es suficiente en los términos señalados por la jurisprudencia de la CSJ.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el 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 específica 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 Porvenir S.A. sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, situación que no fue acreditada en la presente Litis con ninguno de los medios probatorios previstos en la ley.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legítima.

Respecto al problema jurídico relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del régimen de transición como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que no le asiste razón a la AFP PORVENIR al señalar que no se puede aplicar la jurisprudencia de la CSJ pues el demandante no es beneficiario del régimen de transición, como quiera que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a**

pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

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

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada 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)

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 del 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 las AFP los aportes efectuados por el 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 del 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 deberá asumir la AFP PRIVADA 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. Así como tampoco los gastos de administración como quiera que son una consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que también son imprescriptibles.

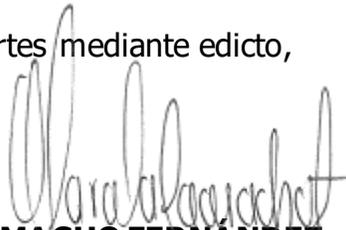
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida el 25 de febrero del 2021 por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor César Augusto Candia Arana de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

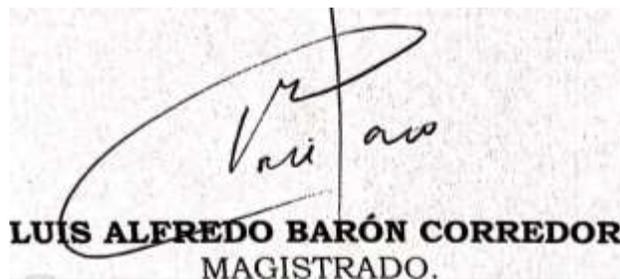
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALREDO 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: MARÍA JOSEFINA DE JESÚS IBARRA PARDO
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP COLFONDOS S.A.- AFP OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-33-2019-00046-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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. IVÁN DARÍO BLANCO ROJAS, 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. MARIA JOSEFINA DE JESUS IBARRA PARDO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP COLFONDOS y AFP OLD MUTUAL con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS y que se declare que continua afiliada al RPMPD. Como consecuencia, se ordene a la AFP Colfondos a que proceda con la desafiliación, quedando válidamente afiliada a Colpensiones; que se ordene a Colfondos traslade todos los saldos, como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, cotizaciones correspondientes de riesgos previsionales de invalidez, vejez y muerte junto con sus rendimientos que se hubiese causado a Colpensiones; que se ordene a Colpensiones que una vez la AFP Colfondos de cumplimiento a lo ordenado, proceda afiliar a la demandante a recibir todos los aportes girados por la AFP; que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar una pensión de vejez a favor de la demandante a partir de la causación; que se indexe la primera mesada pensional correspondiente al IBC, junto con su mesada pensional; que se pague el retroactivo con sus respectivos reajustes indexados, como los intereses moratorios que haya lugar. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se les condene a las demandadas a las costas del proceso (fol. 3 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 24 de diciembre de 1959; que ingreso a laborar en entidades del sector privado de forma continua y discontinua desde el 8 de abril de 1998 con el empleador Araujo Ibarra Sociedad Ltda.; que según su historia laboral aparece afiliada al RPMPD a partir del 4 de abril de 1988 cotizando para riesgos de pensión de vejez, invalidez y muerte; que cotizo a pensión desde el 8 de abril de 1988 hasta el 31 de mayo de 1992 de forma continua y discontinua; que la AFP Colfondos le entregó el formulario de vinculación el 15 de junio de 2001, sin anexo adjunto con información clara y exacta sobre las consecuencias de cambio de régimen pensional; que la AFP Skandia le entrego formulario de vinculación o traslado el 7 de febrero de 2002, , sin anexo adjunto con información clara y exacta sobre las consecuencias de cambio de régimen pensional; que la solicitud de vinculación de los fondos de pensiones, son ilegibles; que al momento del traslado no fue asesorada de en debida forma; que no se le realizo una proyección pensional; que solicitó ante las demandadas reclamación administrativa sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 99); 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 la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Colfondos y posteriormente a Skandia hoy Old Mutual; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición dispuesta en el artículo 2 de ley 797 de 2003; se opone al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, así como la indexación de la misma, que la entidad encarga de su reconocimiento pago es la AFP Old Mutual. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fol. 100 y s.s.)

4. Contestación de la AFP OLD MUTAL S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que OLD MUTUAL, si brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones en el RIAS, que se le recordó las características de dicho régimen, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y las desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad de los aportes; que la demandante no especifica en que consistió la acción fraudulenta de esta administradora; que la actora realizó el traslado de régimen de forma libre y voluntaria del RPM al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPMPD, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento y la innominada o genérica. (fol. 136 y s.s.)

5. Contestación de AFP COLFONDOS. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que la AFP Colfondos brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa

respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse régimen y entre administradoras de pensiones, que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, en funcionamiento del mismo, las diferencias ente el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Igualmente, que la actora no aportó elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP Colfondos, fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y que la demandante suscribió el formulario de vinculación al RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el art. 11 del decreto 692 de 1994. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a la AFP Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar a la nulidad del traslado, compensación y pago (fol. 175 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de noviembre de 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS administrado por la AFP Colfondos. Declaró que la demandante actualmente se encuentra afiliada en forma efectiva a la administradora del RPM Colpensiones. Ordenó a Skandia realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora junto sus respectivos intereses y rendimientos. Ordenó a Colfondos a pagar de ser el caso las diferencias que llegare a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el régimen de prima media, los cuales serán asumidos a cargo de su propio patrimonio, incluyendo los gastos o cuotas de administración, y comisiones. Para tal efecto de conminó a Colpensiones para que realice las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas que hubiera lugar, lo cual incluye los gastos de administración y comisiones previamente referido. Ordenó a Colpensiones recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la actora. Declaró no probadas las excepciones de prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación respecto de las pretensiones de la ineficacia. Absolvió a Colpensiones respecto de la pretensión del reconocimiento de la pensión de vejez y sus pretensiones consecuenciales. Declaró probara la excepción de inexistencia del derecho formulada por Colpensiones respecto de la pretensión de reconocimiento pensional. Conminó a Colpensiones y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estada, a que procedan a establecer mecanismos procesales y administrativos que permitan determinar los eventuales perjuicios que surjan a raíz de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS. Condenó en costa a la AFP Colfondos S.A.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ, que el deber de información existe a partir de la ley 100 de 1993, que no basta con la firma del formulario de afiliación para considerar que se brindó la información a la demandante. que la carga probatoria está en cabeza de la AFP quien no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado de régimen, que la formación académica de la demandante no suple el deber de información. Que no es necesario que la demandante sea o no beneficiaria del régimen de transición. Que los traslados horizontales que se realizan no dan lugar a un saneamiento del acto de afiliación. Que se condena solo a Colfondos a devolver los dineros recibidos por cuotas de administración y comisiones durante todo el tiempo de la afiliación, por cuanto la demandada Old Mutual, logró demostrar la gestión que le correspondía

en el periodo de afiliación de la demandante. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible. Que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de pensión, tan solo acreditaba 1072 semanas de cotización, no cumple con las 1300 semanas requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez, conforme a la normatividad vigente.

7. Impugnación y límites del ad quem.

7.1. Recurso de apelación AFP COLFONDOS S.A Interpuso recurso de apelación frente argumentando que la vinculación con la AFP Colfondos se dio con el lleno de los requisitos legales, de manera libre y voluntaria la demandante decidió afiliarse al RAIS, que al suscribir el formulario de afiliación con la AFP Skandia ratifica su voluntad de pertenecer al RAIS. Igualmente, que la AFP Skandia si realizo una reasesoria a la demandante, en la cual le envía un comunicado, señalando que a partir del 29 enero del 2003, dispone de un plazo de un año para trasladar de régimen cuando le faltare menos de 10 años para cumplir la edad tener el derecho a pensión. Que la demandante de manera descuidada no realiza el traslado y omite la información que la AFP Skandia le comunica, reafirmando su voluntad de permanecer al RAIS.

En relación a los gastos de administración y de pagar las diferencias entre régimen, señala que son descuentos que se realizan por consagración legal y no por invenciones de los fondos, y se realizan tanto el RPM como en el RAIS. Así mismo, que no existe prueba siquiera sumaria que demuestre que la AFP engaño a la demandante y mucho menos de que se le haya generado un falso conocimiento. Que al devolver los gastos de administración y las diferencias a que haya lugar por todo el tiempo que la demandante haya permanecido en el RAIS, se entiende como una condena de daños y perjuicios, situación que no fue discutida en el proceso. Que no se puede condenar a Colfondos a que responda por unos gastos o unos descuentos que no realizó, teniendo en cuenta que fueron recibidos por la AFP Skandia. Por último, que demandante no probó que sus aportes pensionales presenten un menoscabo, un daño o perjuicio.

7.2 Recurso de apelación COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación, señalando que no se puede determinar cuál es el detrimento que sufriría Colpensiones, pero si genera una afectación económica, en el sentido que el fallo ordena realizar unos cálculos que se determinarían a futuro, estos serían con la expectativa de vida, pero si en el presente caso la demandante superara con creces esta expectativa de vida, se estaría ocasionando un detrimento. Igualmente, que la demandante está incurso en una prohibición legal, que no se acreditó ningún vicio en el consentimiento por error, fuerza o dolo. Respecto a la calidad profesional de la demandante señala que ostenta una calidad profesional, que es asesora en formación empresarial, conoce las circunstancias o el tratamiento tributario de los aportes voluntarios a pensión y pretende hacer creer el desconocimiento de una norma, para su aprovechamiento propio.

Así mismo, indica que no se demostró cuál es el perjuicio que se estaría ocasionando a la demandante, que no se aportó una simulación pensional, un cuadro comparativo, para determinar cuál sería el posible detrimento que se le ocasionaría. Asimismo, señala que aceptar el retorno de la demandante, se estaría contribuyendo con la descapitalización del sistema pensional, que la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de la demandante afecta la sostenibilidad financiera del

Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho fundamental de los demás afiliados.

8. Alegatos de conclusión.

8.1. Parte demandante. En su escrito refirió que la vinculación o traslado de régimen pensional se hizo de forma arbitraria, en donde a la señora María Josefina De Jesús Ibarra Pardo firmó un formulario de vinculación de fecha 15/06/2001 documento que ya venía diligenciado por el asesor a agente comercial de la AFP Colfondos S.A., en ese sentido vincula al trabajador, sin que tuviera una asesoría, como indicó en el interrogatorio, de esta forma una percepción mental falsa para la época de los hechos, por consiguiente, es una irregularidad, sin consentimiento informado como lo refiere la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en el precedente jurisprudencia.

8.2. Colpensiones. Alegó que la demandante no está amparada por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, debió hacerlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, pero como la solicitud la elevó cuando cumplía con la edad y, por ende, ya no puede regresar al régimen administrado por Colpensiones.

Agregó que no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por la AFP COLFONDOS, y COLPENSIONES 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, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿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) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (ii) ¿Se sana la falta de información por el traslado entre varias AFP dentro del RAIS? (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿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 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 a la afiliada 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 acreditado en el plenario que la señora María Josefina de Jesús Ibarra Pardo cotizó al ISS desde el 8 de abril de 1968 hasta el 31 de mayo del año 1992, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol 23); que para junio de 2001 la señora demandante se afilió a la AFP Colfondos, conforme a la Historia Laboral aportada por Old Mutual (fol. 167). Igualmente, se observa que la accionante se trasladó a la AFP Horizonte Skandia hoy AFP Old Mutual el 7 de febrero del año 2002, conforme al formulario de afiliación que fue aportado (fol. 162).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las 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, quien 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 a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994 - 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 la afiliada 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 las AFP COLFONDOS y la AFP OLD MUTUAL, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **María Josefina de Jesús Ibarra Pardo**, 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.

Si bien es cierto la AFP OLD MUTUAL, aportó comunicado con fecha del 26 de noviembre del año 2003, obrante a folio 173, por medio del cual se indicó a la demandante disponía hasta el 29 de enero de 2004 para evaluar y decidir la conveniencia de permanecer en el RIAS con Skandia o efectuar el cambio de régimen al ISS, no es menos cierto que este documento no suple la información que debió darse al **momento del traslado** de la demandante por parte de la AFP Colfondos y de la AFP Old Mutual.

Además el hecho de que la señora María Josefina de Jesús Ibarra fuera profesional, y asesora en formación empresarial, no releva a las AFP privadas de su obligación de brindarle la información exigida al momento del traslado, pues ésta se debe brindar independientemente del grado de escolaridad con que cuente, sin que por ese solo hecho se pueda dar por sentado que conozca el tema pensional, discernimiento que en efecto sí tiene la entidad financiera, quien cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

Tampoco se exige que la afiliada demuestre que el traslado le ocasionó un perjuicio, como equivocadamente lo entiende los apoderados de COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS, pues se reitera lo que se debe revisar es si las AFP le brindó o no la información necesaria al momento del traslado.

Adicionalmente 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° 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° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica 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, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Adicionalmente, no es de recibo el argumento de Colpensiones en el que señala que no puede aceptarse el traslado, porque la señora María Josefina de Jesús Ibarra se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 del 2003, y le hacen falta menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado, sino a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

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, procede la devolución de los gastos de administración y comisiones tanto de la AFP OLD MUTUAL, y de la AFP COLFONDOS, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida a la demandante al momento del traslado.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información

Para establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado de la afiliada 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, ello equivale a la ausencia de información.

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 las 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 deberá 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. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

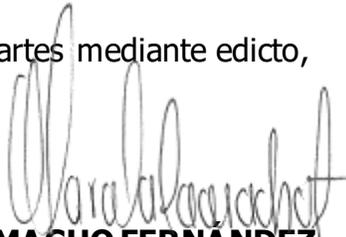
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia proferida el 25 de noviembre del 2020 por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá para en su lugar, **ORDENAR** a las AFP COLFONDOS S.A. y AFP OLD MUTUAL, que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora María Josefina de Jesús Ibarra Pardo de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

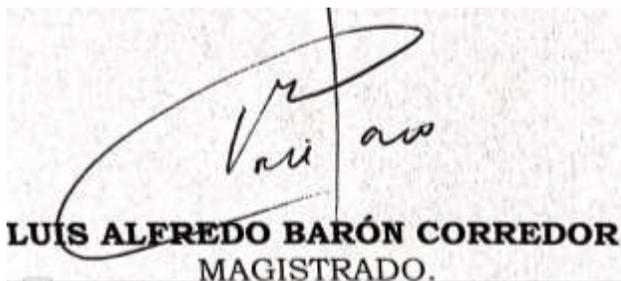
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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: MARTHA PATRICIA PARDO PEDREROS
DEMANDADO: PAR ISS LIQUIDADO
RADICACIÓN: 08-2015-00152-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO ISS

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. Martha Patricia Pardo Pedreros instauró demanda ordinaria contra PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACIÓN -PAR ISS- con el fin de que se declare que existió un contrato individual de trabajo en virtud de la primacía de la realidad entre el 8 de agosto de 1978 y el 29 de noviembre del 2006, ejecutando inicialmente el cargo de Codificadora Primera de Salud Ocupacional y cuyo último cargo y funciones fue el de Profesional Especializado Grado 39; declarar que la demandada le canceló mensualmente un salario inferior al que realmente correspondía al cargo y funciones del Profesional Especializado Grado 39. Como consecuencia, solicita, se le reliquiden los salarios, las prestaciones sociales, su pensión de jubilación, las vacaciones, los aportes a seguridad social; sumas que deben pagarse de manera indexada, junto con los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, las sanciones e indemnizaciones a que haya lugar y las costas del proceso. (fol. 341 y s.s.)

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que ingresó a laborar al extinto ISS el 8 de agosto de 1978 desempeñando el cargo de Codificadora Primera de Salud Ocupacional; que a partir del 3 de marzo de 1986 desempeñó cargos como jefe de contabilidad reemplazando a la titular durante sus vacaciones; que a partir del 18 de marzo de 1987 fue encargada como técnico de servicios administrativos clase IV grado 10 para desempeñar funciones de contabilidad durante 3 meses; que la jefe de la Sección de Contabilidad certificó el 28 de agosto de 1987 que la demandante desempeñó desde el año 1980 funciones que ameritaban conocimientos profesionales; que el 27 de febrero de 1989 fue trasladada a la sección de costos de la Subdirección Financiera Nivel Nacional del ISS para desempeñar funciones de nivel profesional; que el Subdirector Financiero informó a

la Jefe de la Sección de Costos de la demandada que la demandante había sido seleccionada para conformar el grupo de trabajo que tiene como objeto soportar las labores de auditoría inherentes a los estados financieros del ISS; que posteriormente fue designada por el Director de Auditoría Interna para evaluar control de calidad y revisoría de cuenta a los contratos de salud de mayor cuantía; que el Presidente del Seguro Social aprobó y divulgó el memorando 003321 del 25 de septiembre de 1995 ordenando la nivelación y reclasificación de todos los trabajadores.

Que la demandante hizo entrega a la Gerente Nacional de Recursos Humanos del formulario de reubicación y reclasificación con el cargo de profesional especializado grado 39; que el Jefe de Recursos Humanos certificó que la demandante como funcionaria de auditoría interna del nivel central cumplió varias misiones oficiales; que el 16 de julio de 1996 la demandante fue encargada en el Departamento Nacional de Cobranzas del ISS como profesional Universitaria Grado 29 y se le reconocieron los salarios de dicho cargo; que en las diferentes seccionales la accionante cumplió funciones de monitoria para orientar los trabajos de la labor de auditoria como consta en los informes rendidos por ella y en los cumplidos de comisión expedidos por los Gerentes sobre su desempeño continuo de las funciones como profesional especializada grado 39; que el ISS no dio cumplimiento a la Resolución N° 2800 del 1° de julio de 1994 que establece el Manual de Funciones y Requisitos para el desempeño de los empleos del ISS; que la demandante reunía todos y cada uno de los requisitos como Profesional Especializado Grado 39; que desde 1998 hasta el 26 de agosto del 2003 desempeño funciones de nivel profesional en la Auditoria Interna del Nivel Nacional.

Señala que la Coordinadora Nacional de Selección de Personal del ISS al revisar la hoja de vida de la demandante concluyó que reunía los requisitos para Coordinador Clase V; cargo que inclusive se encuentra por encima del cargo de profesional especializado Grado 39; que para el 1° de febrero del 2005 al 28 de febrero del 2005 fue encargada para desempeñar el cargo de Coordinador V; que renunció el 29 de noviembre del 2006; que solicitó su nivelación salarial, sin obtener una respuesta favorable.

2. Contestación de FIDUAGRARIA como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes del PAR ISS. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no puede atender, discutir, ni ser responsable de las pretensiones, como quiera que ello no se estableció en el contrato de fiducia mercantil. Indica que el extinto ISS canceló el salario que le correspondía a la demandante, por lo que no existe ningún fundamento para solicitar una nivelación salarial. Propuso como excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario con Colpensiones y las de mérito de cosa juzgada, prescripción, falta de causa, pago, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación, prescripción y la genérica. (fol. 426 y s.s.)

4. Integración del litisconsorcio necesario. Mediante providencia del 26 de mayo del 2016 el fallador de primera instancia ordenó integrar el contradictorio con Colpensiones. (fol. 508 y s.s.)

5. Contestación de COLPENSIONES. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que relación laboral que existió entre la demandante y el extinto ISS no es de competencia de Colpensiones de conformidad con la Ley 1151 del 2007. Propuso como excepciones de fondo las de integración

del litisconsorcio respecto a Colpensiones, prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe. (fol. 522 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de agosto del 2019, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. y declaró probadas las excepciones propuestas por las demandadas. (CD fol. 428 y s.s.)

Su decisión se basó en que ni de la documental arribada, ni de las declaraciones de los testigos se logra deducir:

- 1) Los requisitos exigidos para ocupar el cargo auxiliar administrativo grado 13 y profesional especializado grado 39.
- 2) Las funciones específicas para los cargos de auxiliar administrativo grado 13 y profesional especializado grado 39.
- 3) La razón por la cual la demandante no fue reclasificada en el proceso de reestructuración de la planta de personal que tuvo la entidad, pues tan sólo uno de los testigos indicó que es una práctica frecuente, que en el sector salud en Colombia, el que los trabajadores cuente con requisitos académicos y profesionales superiores, pero devenguen un salario inferior.
- 4) El horario, itinerario, irregularidad del tiempo laborado, por la demandante en el desempeño de sus funciones de nivel profesional para el área de auditoría interna pues nótese que tan sólo se certificó que trabajó al servicio de esa dependencia entre el 15 enero al 30 abril del 99 y del 26 de agosto al 3 de septiembre de ese mismo año, sin especificar las actividades concretas que desarrollaba. Además, que las comisiones en las que la demandante participaba no se realizaban de manera virtual y conforme al contenido de los documentos, además consistían en visitas a las seccionales que realizaba como funcionaria de auditoría interna a nivel nacional.
- 5) Tampoco se logró establecer que la demandante haya estado sujeta a ordenes o instrucciones de forma simultánea e igual a un profesional especializado grado 39.
- 6) No se demostró la igualdad de las condiciones de eficiencia que ya se mencionaron a que correspondía entre dos trabajadores que reciban remuneración distinta en el mismo oficio e igual puesto y jornada, esto es entre la demandante y un trabajador en el cargo profesional especializado grado 39.

Señala el fallador de primera instancia que no existió tampoco un ejercicio de comparación entre la demandante y otros trabajadores en virtud del cual se puede establecer que desempeñaban las mismas funciones pero que percibían remuneraciones diferentes, en perjuicio del derecho a la igualdad de la trabajadora, o por lo menos que en efecto ese cargo que pretende la demandante existiere para poder hacer luego la equivalencia pertinente; razón por la cual no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demandante.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que se probaron los cargos y funciones desempeñados por la demandante, los cuales son propios del cargo profesional especializado grado 39. Que se está desconociendo el principio de la primacía de la realidad. Que se probó con el interrogatorio y los testimonios que ejercía funciones como profesional especializada. Que los testigos dieron fe de que la demandante cumplía las funciones de contadora de Auditoria Interna de Nivel Nacional. Que los testigos refieren que ella cumplía funciones de profesional.

8. Alegatos de Conclusión.

8.1. Parte demandante. Refirió que el juzgador de primer grado desconoce que realizaba funciones profesionales universitario grado 39, en tanto que las pruebas allegadas al plenario daban cuenta ello, lo cual, claramente evidencia diferencia salarial. Agregó que cumplía órdenes de su empleador, mismas que eran atribuidas a un funcionario de tal categoría.

8.2. PAR. En su escrito solicitó se confirma la decisión de primer grado en tanto que se encuentra ajustada a la realidad, de donde se concluye que no existe ningún argumento que permita alterar la decisión que impugnó la parte actora.

8.3. COLPENSIONES. Peticionó que se confirme el fallo proferido el pasado 23 de agosto de 2019, ya que no le asiste a la parte demandante la reliquidación del valor inicial de la pensión reconocida, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicios; de conformidad con la Convención Colectiva de 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 consagran el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente. Igualmente, se estudiará en consulta en favor del ISS en lo que le sea desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿El cargo de Profesional Especializado Grado 39 en Auditoría Interna al cual pretende la demandante se le nivele su salario corresponde a un trabajador oficial o si por el contrario dichos funcionarios ostentan la calidad de empleados públicos y, por tanto, no somos competentes para conocer del presente asunto?

(ii) En caso de ser esta la jurisdicción competente, ¿Determinar si se debe nivelar el salario de la actora al de los Profesionales Especializados Grado 39 bajo el principio de "a trabajo igual, salario igual"?

Calidad de las personas que ostentan el cargo de Profesional Especializado Grado 39 en Auditoría Interna

Previo a determinar si es procedente la nivelación salarial pretendida por la demandante bajo el principio de "*a trabajo igual salario igual*", es necesario determinar si las personas que desempeñan el cargo de Profesional Especializado Grado 39 en Auditoría Interna; cargo al cual la promotora del juicio pretende se le nivele su salario, ostentan la calidad de trabajadores oficiales y, por tanto, podemos estudiar las pretensiones de la demanda.

Para determinar la calidad de las personas que ostentan el cargo de Profesional Especializado Grado 39 en Auditoría Interna, es necesario tener en cuenta la naturaleza jurídica del ISS la cual está definida como una empresa industrial y comercial del estado, como lo preceptúa el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, en

consecuencia, debe seguirse la regla general consagrada en el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, definida igualmente en el Acuerdo 145 de 1997, expedido por el Consejo Directivo del ISS, aprobado por el Decreto 416 del mismo año; calidad que igualmente se extrae del contenido de la sentencia C-579 del 30 de octubre de 1996 y que es aceptada por la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia con número de radicado 21672 del 25 de marzo del 2004, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader.

El artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 establece que las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

El art. 1º del A. 145/1997, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el D. 416 /1997, dispuso:

"Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales.

A. Son empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:

- 1. Presidente del Instituto.*
- 2. Secretario General y Seccional.*
- 3. Vicepresidente.*
- 4. Gerente.*
- 5. Director.*
- 6. Asesor.*
- 7. Jefe de Departamento.*
- 8. Jefe de Unidad.*
- 9. Subgerente.*
- 10. Coordinadores Clase I, II, III, IV y V.*
- 11. Jefe de Sección.*
- 12. Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de Servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud.***
- 13. Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.*

"B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos". (negrilla y subrayado fuera de texto)

Así las cosas, considera la Sala que las personas que ostentan el cargo de Profesional Especializado Grado 39 en Auditoría Interna, cargo con el cual pretende la demandante se le nivele su salario, señalando que ejercía las mismas funciones, corresponde a los enlistados como empleados públicos del ISS.

Por tanto, el hecho de tener que declarar que la demandante ejercía o no el cargo de Profesional Especializado Grado 39 en Auditoría Interna, implica declarar que su vinculación con el ISS lo fue bajo la calidad de empleada pública, razón por la que siguiendo los lineamientos de nuestra CSJ en la sentencia SL 3266-2020, se debe absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues no se logra establecer que el cargo desempeñado por la demandante

corresponda a una trabajadora oficial, que permita abordar el estudio de las pretensiones y establecer si se debe o no nivelar su salario.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

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 23 de agosto del 2019, por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

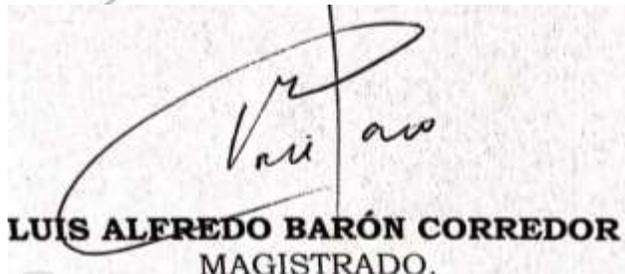
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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-