



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **AGUSTIN GUTIERREZ RODRIGUEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y OTROS.**
RADICACIÓN: **110013105-016-2018-00448-02**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDADAS**
TEMA: **CÁLCULO ACTUARIAL Y RECONOCIMIENTO PENSIONAL.**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor Agustín Gutiérrez Rodríguez a través de mandataria judicial instauró demanda laboral con el fin que se ordene a la Superintendencia de Sociedades, a través del Juez concursal poner a disposición de COLPENSIONES el bono pensional de que trata el punto 4.2 del Auto 440-8784 y/o a solicitar y pagar ante COLPENSIONES el cálculo actuarial por los periodos faltantes desde el 17 de septiembre de 1984 hasta el 30 de agosto de 1996; de no prosperar lo anterior, se ordene a ECOPETROL S.A. como solidario responsable de la demandada AN SON DRILING COMPANY OF COLOMBIA liquidada, a liquidar y pagar ante COLPENSIONES el cálculo actuarial del periodo laboral entre el 17 de septiembre de 1984 hasta el 30 de agosto de 1996; que se ordene a COLPENSIONES incorporar en la historia laboral el periodo del 17 de septiembre de 1984 hasta el 30 de agosto de 1996; que se declare que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y con aplicación del Decreto 758 de 1990, el retroactivo a partir del 01 de septiembre de 2013, la indexación, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 06 de septiembre de 1946; que para el 01 de abril de 1994 contaba con 47 años cumplidos y para el 31 de julio de 2005 acreditaba más de 750 semanas; que mediante resolución GNR212613 del 25 de agosto de 2013 COLPENSIONES le reconoce la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la suma de \$45.145.720; que radicó solicitud de corrección de historia laboral bajo el número 2016-2001595; que elevó solicitud pensional el 15 de marzo de 2016, pero mediante resolución GNR165019 del 3 de junio de 2016 le fue negado el reconocimiento pensional por no acreditar la densidad de semanas exigidas; que trabajó para la empresa AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA, desde el 17 de septiembre de 1984 hasta el 30 de agosto de 1996, entidad que realizó trabajos en calidad de contratista de ECOPETROL S.A.; que la Superintendencia de Sociedades mediante auto del 27 de julio de 1995 convocó a la sociedad AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA, a un concordato preventivo obligatorio, y mediante Auto del 3 de julio de 1997 decretó el proceso liquidatorio; que durante la vigencia de la relación laboral AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA no cumplió su obligación patronal de realizar los aportes a la seguridad social; que COLPENSIONES se hizo parte en el proceso concursal cobrando la seguridad social de los trabajadores, pero reportó erradamente el periodo laborado, omitiendo el periodo del 17 de septiembre de 1984 hasta el 30 de agosto de 1996; que mediante radicado No 98015 del 23 de febrero de 1996 el ISS allegó a la Superintendencia de Sociedades solicitud de incluir el crédito del ISS; que mediante auto 440-8784 se establece el crédito en cuantía de \$354.723.339; que ECOPETROL S.A. como solidaria en el pago de acreedores e incluso como acreedora, no estuvo atenta en el pago de la conmutación pensional de los trabajadores de AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA; que mediante resolución No 037 del 8 de noviembre de 1996 expedida por ECOPETROL S.A., se reconoce que estará a cargo de los incumplimiento de la compañía contratista; que durante la vigencia de la relación laboral acató órdenes directas del patrono y de las directrices de supervisión por parte de la beneficiaria directa como lo era ECOPETROL S.A..

Señala que actualizada la sábana laboral con los periodos faltantes de la empresa AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA, acredita 1.578 semanas, suficientes para el reconocimiento pensional conforme el régimen de transición y con aplicación del Decreto 758 de 1990. (Fols. 118 a 132)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 140); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que al demandante se le entregó indemnización sustitutiva en el año 2013, por lo que resulta improcedente reconocerle una pensión de vejez teniendo en cuenta los tiempos que aduce en la demanda. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad, y la innominada o genérica (Fols. 153 a 159)

ECOPETROL S.A.: Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que tal entidad no tiene obligación alguna para con el demandante; que si bien entre ECOPETROL S.A. y AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA se suscribió contrato DIJ-(P), el cual inició el 13 de enero de 1994, se suspendió de

manera definitiva el 31 de agosto de 1995, y se liquidó el 09 de noviembre de 1996, además que las relaciones contractuales se rigen bajo las normas del derecho privado, y las obligaciones que puedan surgir resultan ajenas a ECOPETROL S.A.; que de conformidad con el artículo 17 y 22 de la ley 100 de 1993 no existe solidaridad en los aportes pensionales, además que el ISS se hizo parte en el proceso concursal y recibió el bono pensional extendido a favor del demandante; que por el hecho de que ECOPETROL S.A. sea beneficiario de la obra o del proyecto, por sí solo no conlleva a la solidaridad. Como excepciones de mérito postuló la de falta de causa e inexistencia de las obligaciones respecto de ECOPETROL S.A., prescripción, pago, cobro de lo no debido, enriquecimiento injusto, y la genérica (Fols. 186 a 206).

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDAD.: Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que tal entidad como juez del concurso procedió conforme a derecho y con la diligencia propia de un Juez, velando porque las etapas del proceso cumplieran su finalidad, esto es, desde que decreto de oficio el concordato preventivo a través de auto No 410-3069 del 27 de julio de 1995, hasta cuando expidió el auto No 441-016831 del 7 de octubre de 2005 mediante la cual aprobó la rendición final de cuentas, declarando terminado el proceso liquidatorio de los bienes que conformaban el patrimonio de la sociedad AN SON DRILLING. Como excepciones de mérito rotuló la de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y de la obligación, y la genérica (Fols. 263 a 271).

LIBERTY SEGUROS S.A.: Actuando como llamado en garantía contestó la demanda y el llamamiento en garantía oponiéndose a las pretensiones con base en que no se cumplen los presupuestos legales, facticos, contractuales y probatorios, toda vez que las acciones para hacer efectivo el amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de la póliza de seguro de cumplimiento de contratistas particulares No 205085 se encuentran prescritas. Como excepciones de mérito postuló la de operancia de la prescripción extraordinaria de la acción indemnizatoria derivada del contrato de seguro de cumplimiento No 205085, inoperancia del amparo de salarios prestaciones sociales e indemnizaciones de la póliza de seguro No 205085, la obligación de la aseguradora va hasta el límite del valor asegurado y probado sin causar intereses de la póliza de seguro de cumplimiento No 205085, y la genérica (Fols. 285 a 306).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de febrero de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró laboralmente responsable a ECOPETROL S.A. por omisión de afiliación y mora en el pago de la seguridad social en pensiones del demandante AGUSTIN GUTIERREZ RODRIGUEZ, en la que incurrió la liquidada compañía AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A.; condenó a ECOPETROL S.A. a constituir y pagar a satisfacción de COLPENSIONES, la reserva o cálculo actuarial que esta determine por el periodo laborado del 17 de septiembre de 1984 hasta el 30 de diciembre de 1989 y desde el 3 hasta el 30 de junio de 1990, en los términos del artículo 33 de la ley 100 de 1993 y Decreto 1887 de 1994, teniendo como salario del año 1984 el monto de \$40.000 y el monto de \$325.000 para el año de 1990, para los demás años se debe tener en cuenta el salario mínimo; condenó a ECOPETROL S.A. a pagar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones en mora en que incurrió AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A., por los periodos que van desde el 01 de febrero hasta el 31 de julio de 1996; condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez conforme el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 como beneficiario del régimen de transición, a partir del 01 de septiembre de 2013, en la cuantía que se determine previamente calculando el ingreso base de

liquidación que resultante de los últimos diez años de cotizaciones o el de toda la vida laboral según resulte más favorable, aplicando una tasa de reemplazo del 90% junto con los reajustes anuales de ley y las mesadas adicionales a que haya lugar, autorizando a COLPENSIONES a realizar el descuento de lo reconocido por indemnización sustitutiva de vejez sobre el retroactivo pensional; condenó a COLPENSIONES a la indexación; condenó a LIBERTY SEGUROS S.A. a reembolsar en favor de ECOPETROL S.A. el valor que deba pagar por la liquidación de cotizaciones en mora y hasta la concurrencia del valor asegurado en la póliza de cumplimiento No 205085 del 3 de enero de 1994; absolvió a la Superintendencia de Sociedades de todas las pretensiones; gravó en costas procesales a las demandadas, y al demandante en favor de la Superintendencia de Sociedades (fls. 702 a 706, con CD de la audiencia).

Su decisión se basó en que de conformidad con la ley 90 de 1946 el ISS asumió los riesgos de invalidez, vejez y muerte, para lo cual los empleadores debían afiliar y realizar las cotizaciones ante tal instituto; no obstante, la apertura a inscripciones no fue general, sino fue de manera gradual, como pasó en el sector de las empresas petroleras.

Que de conformidad con el criterio de la Corte Suprema de Justicia el tiempo de servicio a entidades donde por cualquier motivo no se hicieron las cotizaciones se respalda con la asunción del cálculo actuarial a cargo del empleador, siendo que en el caso concreto el empleador AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. ya se liquidó, razón por la cual, una vez verificado que existió omisión en la afiliación y pago de los aportes, adujo que de conformidad con el artículo 34 del CST, debe ECOPETROL S.A. responder solidariamente en calidad de contratante de AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A., pues ello se logra extraer de los contratos allegados, a pesar de que ECOPETROL S.A. fue requerido para que certificara la vigencia de los mismos y no lo hizo.

Que las contrataciones que tenía ECOPETROL S.A. con AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A., tienen que ver con actividades propias de manejo de herramientas en pozos petroleros o mantenimiento o apertura de pozos petroleros, además de que los objetos sociales tienen relación directa, con lo que resulta factible condenar a ECOPETROL al pago del cálculo actuarial a favor del demandante.

Frente a la Superintendencia de Sociedades manifestó que no es la llamada a responder por el cálculo actuarial como se pretende en la demanda, dado que aquí se discute es las obligaciones entre empleador y trabajador, y no las irregularidades que se pueden presentar en el trámite liquidatorio, o la posible negligencia del liquidador, pues son temas ajenos al proceso laboral.

En ese orden, sostuvo que son 297.42 semanas por omisión en la afiliación desde el 17 de septiembre de 1984 hasta el 30 de diciembre de 1989, y desde el 3 de enero de 1990 al 30 de junio del mismo año.

Asimismo, dijo que el demandante es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con 47 años de edad al 01 de abril de 1994, y para el 27 de julio de 2005 contaba con 937.41 semanas, lo que significa que el régimen de transición se le extendió hasta el 31 de diciembre de 2014; no obstante, de conformidad con el Decreto 758 de 1990, acredita las 500 semanas en los últimos 20 años anteriores a la edad mínima, esto es, del 04 de septiembre de

2006 hasta el 04 de septiembre de 1986, con lo que fue allí que causó la prestación, y como quiera que siguió cotizando, siendo su última cotización el 31 de agosto de 2013, la prestación a cargo de COLPENSIONES fue ordenada a partir del 01 de septiembre de 2013.

Para el cálculo del IBL ordenó que se haga el mismo de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, con los últimos 10 años o toda la vida laboral, escogiendo el que le sea más favorable y con el 90% de tasa de reemplazo por contar con 1.327 semanas en toda su vida laboral.

Dio por no probada la excepción de prescripción, ya que efectuó la reclamación el 15 de marzo de 2016, la cual fue resuelta a través de resolución No 165019 del 3 de junio del mismo año, y la demanda se radicó en el año 2018. Ordenó que del retroactivo se descuente lo reconocido por indemnización sustitutiva a través de resolución No 212613 del 25 de agosto de 2013. Absolvió de los intereses moratorios al no estar acreditado el derecho pensional para la fecha en que elevó la reclamación, ordenándose de manera subsidiaria la indexación.

Frente al llamado en garantía que hizo ECOPETROL S.A. respecto de Liberty Seguros S.A., tal como se desprende de la póliza que ampara el contrato vigente entre el 13 de enero de 1994 y el 09 de noviembre de 1996, hay lugar a que tal entidad como garante reembolse a ECOPETROL S.A. lo que esta asuma como cotizaciones en mora que van desde el 01 de febrero hasta el 31 de julio de 1996, sin que haya lugar a la aplicación de la prescripción en materia de seguros, por tratarse de aportes pensionales de carácter imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte de las siguientes partes procesales:

5.1. ECOPETROL S.A: Solicitó la revocatoria de la sentencia en lo que refiere al cálculo actuarial y cotizaciones en mora, dado que el fallo de primer grado solo se sustentó en indicios, y el hecho de que ECOPETROL S.A. no haya podido certificar la vigencia de los contratos no lo hace responsable de la obligación; que los objetos sociales de ECOPETROL S.A. y la entidad liquidada son distintos, que no guarda relación con la industrial del petróleo; que el demandante no demostró que hubiere realizado la actividad en favor de Ecopetrol S.A., con lo que se rompe el nexo causal; que la actividad del actor fue de mecánico y no tiene nada que ver con Ecopetrol S.A.; que se está propinando una condena asombrosa contra Ecopetrol S.A., además sin fundamento probatorio; que no entiende como se condenó en costas a favor de la llamada en garantía y a cargo de Ecopetrol S.A., cuando precisamente el llamado en garantía es para que lo represente; que no existe la solidaridad del artículo 34 del CST, ya que allí refiere es a las prestaciones del CST, y no a las obligación ordenada en la sentencia. En definitiva, solicita que se revoque la sentencia y se absuelva a Ecopetrol S.A. de las suplicas de la demanda.

5.2. Liberty Seguros S.A: No está de acuerdo en lo relacionado con la excepción de prescripción, dado que el contrato de seguros tiene su propia normatividad, y ello no se estudió de fondo por el juez, debiéndose dar aplicación a la prescripción que trae el Código de Comercio; que se desconoce la prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio; que el amparo de la póliza hace referencia a salarios y prestaciones sociales, siendo claro que no cubre la omisión en las cotizaciones; que

el contrato de seguros es independiente y autónomo y se rige por el Código de Comercio.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones. Solicita que se absuelva a la entidad de toda condena, en tanto que aquella entidad reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y, por tanto, no resulta viable el estudio de la pensión, ya que no es procedente el pago de dos prestaciones económicas que provengan del erario público.

6.2 Superintendencia de Sociedades. Solicita que se confirme la decisión de instancia, en la medida en que la obligación no recae sobre el Juez de los procesos liquidatorios, sino sobre los empleadores.

6.3 Liberty Seguros S.A. Peticiona que se absuelva a tal entidad de las suplicas de la demanda, ya que el no cumplimiento de obligaciones laborales por parte del patrono no puede considerarse como indemnizaciones, y por ello, no hacen parte del riesgo asegurado.

6.4 Ecopetrol S.A. Esgrime que debe absolverse a Ecopetrol S.A., dado que Colpensiones no ejerció las acciones de cobro ante el empleador y en el trámite del proceso liquidatorio de An Son Drilling Company Of Colombia, y por ende debe asumir las consecuencias, sin que dicha obligación se traslade a Ecopetrol S.A., además que tales cobros se encuentran prescritos.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes 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, así como también se revisará la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en lo que haya sido desfavorable a COLPENSIONES de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

i) ¿Debe ordenarse el cálculo actuarial a cargo de ECOPETROL S.A. como solidariamente responsable de las obligaciones de la extinta compañía AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A., por el tiempo laborado por el actor entre el 17 de septiembre de 1984 hasta el 30 de diciembre de 1989, y del 3 hasta el 30 de junio de 1990, por falta de cobertura del otrora ISS? ii) ¿Debe ordenarse el reconocimiento y pago de las cotizaciones en mora a cargo de ECOPETROL S.A. como solidariamente responsable de las obligaciones de la extinta compañía AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A., por el tiempo laborado por el actor entre el 01 de febrero hasta el 31 de julio de 1996? iii) ¿Es procedente la condena efectuada a la llamada en garantía Liberty Seguros S.A. de reembolsar a ECOPETROL S.A. lo que satisfaga esta como cotizaciones en mora? iv) ¿COLPENSIONES está obligada a recibir el cálculo actuarial y las cotizaciones en mora? v) ¿Le asiste derecho al demandante al reconocimiento pensional en virtud del régimen de transición y conforme a los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990? vi) ¿Hay lugar a las costas procesales a favor de la llamada en garantía?

AFILIACIÓN – MORA PATRONAL y CÁLCULO ACTUARIAL

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: que mediante resolución GNR212613 del 25 de agosto de 2013, COLPENSIONES le negó la pensión de vejez al actor por no acreditar la densidad de semanas requeridas en el Acuerdo 049 de 1990, y en su lugar le reconoció la indemnización sustitutiva (Fol. 3 a 6); que solicitó nuevamente la pensión de vejez el 15 de marzo de 2016 (Fol. 16 a 18), pero le fue negada mediante resolución GNR 165019 del 03 de junio de 2016 bajo el argumento de no conservar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, ya que no acredita las 750 semanas que exige el Acto Legislativo 01 de 2005 (Fol. 19 a 25); que conforme la historia laboral de cotizaciones emitida por COLPENSIONES registra un total de 1.001 semanas en toda su vida laboral desde el 23 de marzo de 1967 hasta el 31 de agosto de 2013 (Fols. 12 a 15), siendo el punto total de discusión la acreditación para efectos pensionales del lapso comprendido entre el 17 de septiembre de 1984 hasta el 30 de diciembre de 1989, del 03 al 30 de junio de 1990, y del 01 de febrero hasta el 31 de julio de 1996, pues mientras el cognoscente de instancia consideró que aquel lapso de tiempo debe computarse, con el cual logra acreditar los requisitos pensionales de que trata el Acuerdo 049 de 1990; ECOPETROL S.A. insiste en que no puede tenerse en cuenta por cuanto no puede predicarse la figura de la solidaridad de obligaciones que le competía a la extinta compañía AN SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A..

Para desatar el nudo del debate planteado, lo primero que viene a propósito memorar es que la cobertura del ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte se inició a partir del 01 de enero de 1967, de conformidad con el Acuerdo 224 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 de 1966; sin embargo, la cobertura en el territorio nacional fue de manera progresiva, y para el caso del sector petrolero, el Instituto de Seguros Sociales llamó a inscripción para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a partir del día 01 de octubre de 1993, a través de resolución No 4250 de 1993 (CSJ, SL5138-2019, que reitera la SL3892-2016).

Por manera que, resalta la Sala, de conformidad con lo anterior, la AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A. afilió al actor, incluso mucho antes al Instituto de Seguros Sociales, esto es, a partir del 01 de julio de 1990, tal como consta en el formulario de afiliación de folio 29 y en la historia laboral de cotizaciones visible a folios 12 a 15.

Al respecto, en casos como el aquí presente, relacionado con tiempo de servicios prestado al empleador que no fue llamado por el ISS a la afiliación obligatoria, ha establecido nuestro máximo órgano de la jurisdicción laboral, al igual que los casos de omisión de la afiliación, que: *“le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, correspondiente al tiempo de servicio prestado sin cobertura del ISS, con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo 9º de la Ley 797 en comentario”*. (Sentencia radicación No 32922 de 2009, sentencia SL17300 de 2014, sentencia SL3892 de 2016, radicación No 45209).

Del mismo modo la Corte Constitucional en sentencia T-281 de 2020, decantó cuatro tesis que ha ido desarrollando respecto de la omisión de la afiliación o falta de cobertura del ISS con anterioridad a 1994, a saber:

"Primera tesis. El empleador no estaba obligado a cotizar antes del llamamiento que hiciera el ISS, por tanto, los periodos laborados para ese momento, no podían computarse a efectos de reconocer una pensión de vejez. (...)

Segunda tesis. Las empresas, aun cuando no habían sido llamadas por el ISS para cotizar en favor de sus empleados, sí mantenían, por mandato de las leyes 6 de 1945 y 90 de 1946, la obligación de aprovisionar los recursos necesarios para que estos fueran tenidos en cuenta al momento de reconocer la pensión de vejez. (...)

Tercera tesis. Si bien no existía obligación legal frente a aprovisionamiento alguno, una aplicación acrítica de la Sentencia C-506 de 2001 puede derivar en una situación altamente injusta que no puede ser aceptada a la luz de la Constitución, como lo es que un trabajador pierda un periodo laborado y por ello no logre acceder a la pensión de vejez. (...)

Cuarta tesis. Se ha dicho que la Sentencia C-506 de 2001, declaró exequible la previsión del artículo 33, literal c, de la Ley 100 de 1993 y, con ello, avaló la imposibilidad de que los tiempos de servicio prestados con empleadores capaces de pensionar, cuya relación laboral hubiere terminado antes de la entrada en vigencia de esa norma, fueran computados a efectos de reconocer una pensión de vejez".

Ahora, el apoderado judicial de la accionada recurrente insinúa en la alzada que no puede ser condenado solidariamente al pago del cálculo actuarial y cotizaciones en mora de la extinta AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A., ante lo cual, lo primero que viene a propósito colegir es que, en efecto, obran sendas certificaciones laborales en las que se detallan los tiempos de servicios del señor Agustín Gutiérrez Rodríguez en favor de AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A., en los siguientes lapsos: del 17 de septiembre de 1984 hasta el 30 de diciembre de 1989, del 03 de enero de 1990 al 30 de junio de 1990, del 03 de julio de 1990 al 31 de marzo de 1991, del 1 de abril de 1991 al 30 de junio de 1994, y del 09 de julio de 1994 al 31 de julio de 1996 (Fols. 26 a 28), al igual, se allegaron contratos entre ECOPETROL S.A. y AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A. (Fol. 313 a 534), en los que se observa la relación jurídica y contractual entre las dos sociedades en temas relacionados con el sector petrolero, en concreto la explotación de petróleo en algunas zonas del país, lo que conduce a plantearse el interrogante de si ECOPETROL S.A. bajo la figura de la solidaridad puede entrar a responder de una obligación que en su momento le correspondía a AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A. como empleador, pues debe precisarse y no es objeto de disenso que esta última entidad desapareció del tránsito jurídico por efecto de su liquidación, tal como consta en Auto del 07 de octubre de 2005 en la que la Superintendencia de Sociedades declaró terminado el proceso liquidatorio y ordenó la cancelación de su matrícula mercantil (Fols. 51 a 53), lo que de suyo resulta su imposibilidad de comparecer al proceso, en consecuencia, empezaremos por determinar si existe solidaridad por parte de ECOPETROL S.A. como beneficiaria de las obras contratadas con AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A.

Al respecto, considera la Sala importante acudir a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL13686 del 2017, frente a la estipulación contenida en el artículo 34 del CST, esto es, la responsabilidad solidaria existente entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente. En esa medida, ha señalado la Corte que dicha disposición, tiene como finalidad

garantizar y proteger a los trabajadores respecto al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a que tienen derecho y que resultan de la contratación que efectúe el beneficiario del servicio o el dueño de la obra con un contratista independiente a fin de ejecutar o prestar una obra o servicio.

Emerge de lo anterior sin duda que la solidaridad que atribuye el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo al beneficiario del trabajo o dueño de la obra, como fuente de responsabilidad laboral, excluye al contratante cuando las labores del trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, por manera, que la citada disposición exige para que se reclame la responsabilidad solidaria en favor del trabajador se demuestre lo siguiente:

1. El contrato de obra entre contratante o beneficiario o dueño de la obra y contratista independiente.
2. El contrato de trabajo entre contratista independiente y trabajador.
3. El nexo de causalidad entre los dos contratos.

En otras palabras, se debe acreditar (i) la existencia de contrato de naturaleza no laboral entre el contratista y el beneficiario de la obra o prestación del servicio; (ii) que la obra y/o el servicio contratado guarden relación con actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario de la obra o servicio; es decir, que la labor del contratista no sea extraña y ajena a la ejecutada normalmente por el contratante¹. (iii) Que exista contrato de trabajo entre el contratista y el demandante. (iv) Que el contratista o el subcontratista no cancelen las obligaciones de carácter laboral que tiene respecto de sus trabajadores.

Bajo este derrotero, en lo que respecta **al primer presupuesto** se encuentra acreditado a folios 313 a 534 en la que reposan los contratos civiles celebrados entre ECOPETROL S.A. y AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A., cuyo objeto genérico es la *"perforación de pozos"* *"reacondicionamiento y/o terminación de pozos"*, *"operación del equipo necesario para la perforación de pozos"*, *"arrendamiento del equipo necesario y la operación del mismo, para la terminación de pozos"*.

En lo relacionado con el **segundo presupuesto**, precedentemente se dejó sentado que entre AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A. Liquidada y el señor AGUSTIN GUTIERREZ RODRIGUEZ se celebraron varios contratos de trabajo para que éste último ejerciera como *"MECANICO, JEFE DE MECANICO DE TALADROS, JEFE DE MANTENIMIENTO, SUPERVISOR MECANICO, en equipos de perforación y Workover"* (Fols. 26 a 28), prestando sus servicios y ejerciendo sus funciones en favor de ECOPETROL S.A., en cumplimiento del objeto contractual celebrado entre esta y AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A., y ello se logra corroborar con las certificaciones que descansan a folios 535 a 538, en una de las cuales el Jefe de Pozo de Ecopetrol certifica que: *"conozco al señor AGUSTIN GUTIERREZ RODRIGUEZ (...) desde hace aproximadamente cuatro (04) años como persona honesta, seria, responsable, ha trabajado como MECANICO en los diferentes pozos petrolíferos en Colombia, en las cuadrillas de perforación de equipos de la Compañía AN SON DRILLING CO., labor que ha desempeñado con responsabilidad y eficiencia"*

¹CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17-04-2012. Radicación 38255. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y del 06-03-2013. Radicación 39050. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

En cuanto al **tercer presupuesto**, se hace necesario en primera medida remitirnos a los objetos sociales de cada una de las entidades en cuestión, en la que se tiene que ECOPETROL S.A., según certificado de existencia y representación legal visto a folios 82 a 113 "(...) *ES EL DESARROLLO EN COLOMBIA O EN EL EXTERIOR, DE ACTIVIDADES COMERCIALES O INDUSTRIALES CORRESPONDIENTES O RELACIONADAS CON LA EXPLORACIÓN, EXPLOTACIÓN, REFINACIÓN, TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO, DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE HIDROCARBUROS, SUS DERIVADOS Y PRODUCTOS. (...) LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LAS ÁREAS O CAMPOS PETROLEROS QUE LE SEAN ASIGNADOS POR LA AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS*"

Por su parte, la sociedad AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A. Liquidada, tenía como objeto social, conforme se observa a folio 114 y 117, "(...) *SUMINISTRO DE EQUIPOS DE PERFORACIÓN Y PRUEBAS CORRESPONDIENTES, PERFORACION DE POZOS, SERVICIO DE PESCA REACONDICIONAMIENTO DE POZOS, ESTIMULACIÓN (FRACTURAMIENTO DE FORMACIÓN, EMPAQUETAMIENTO): DISEÑO, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE PRODUCCIÓN COMO BOMBEO MECANICO, BOMBEO HIDRAULICO, BOMBEO ELECTROSUMERGIBLE, (...) Y TRABAJOS REALIZADOS A LOS POZOS POSTERIORES A SU TERMINACIÓN, (...) ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE CAMPOS PETROLEROS, INSPECCIÓN DEL EQUIPO, TUBERIA Y OTROS ELEMENTOS UTILIZADOS EN LA PERFORACIÓN Y EN LA PRODUCCIÓN DE HIDROCARBUROS*".

Como se puede observar existe un punto de convergencia entre las sociedades mencionadas y es aquel relacionado con la EXPLOTACIÓN de hidrocarburos, en consecuencia, tienen un mismo fin, de ahí que las actividades del contratista no le son ajenas o extrañas al beneficiario del contrato civil, con lo cual emerge sin dubitación el último elemento de la solidaridad que reclama el artículo 34 del CST.

Nótese que existe esa relación directa entre los objetos sociales de las dos entidades, dado que la administración, operación y mantenimiento de campos petroleros que se establece en la sociedad AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A. Liquidada, encuadra dentro del objeto social genérico de ECOPETROL S.A. relacionado con la explotación de las áreas o campos petroleros que le sean asignados por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, pues uno y otro se complementan y en todo caso se subsume en la explotación de hidrocarburos.

En ese orden de ideas, es claro que el sentenciador de primer grado no se equivocó al colegir que ECOPETROL S.A. en su condición de beneficiario del servicio, deben responder de manera solidaria por la obligación (cálculo actuarial y cotizaciones en mora) que no satisfizo la sociedad AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A. como empleador, máxime que, la actividad desarrollada por la contratista cubrió una necesidad propia de la beneficiaria, pues la perforación, mantenimiento y suministro de equipos desarrollada por la primera, directamente está vinculada con la explotación del objeto social de la segunda.

Ahora, cabe aclarar en este punto que para efecto de la solidaridad no se hace necesario acreditar la existencia de la relación laboral o subordinación entre el demandante y ECOPETROL S.A., ya que de ninguna manera puede entenderse que el obligado solidario sea considerado como empleador, solo que al configurarse la solidaridad está obligado a responder por las condenas infringidas al obligado principal o empleador, sin ningún análisis sobre la existencia de la relación laboral

con los obligados solidarios, aunado a que, al contrario de lo dicho por el apelante, si logró el actor demostrar que le prestó sus servicios a ECOPETROL S.A., pues no de otra manera se explica que el señor Luis Carlos Mejía, Jefe de Pozo de ECOPETROL haya certificado que el actor *“ha trabajado como MECANICO en los diferentes pozos petrolíferos en Colombia, en las cuadrillas de perforación de equipos de la Compañía AN SON DRILLING CO., labor que ha desempeñado con responsabilidad y eficiencia”* (Fol. 536)

Igualmente, no le asiste razón al recurrente al afirmar que la decisión de instancia respecto a la solidaridad se fundó en indicios y por el hecho de que ECOPETROL S.A. no certificó la vigencia de los contratos con AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A., pues si bien el a quo hizo referencia a que ECOPETROL S.A. no cumplió con la orden del juzgado de allegar la referida certificación, lo cierto es que, ello solo fue tangencial, ya que la solidaridad se configuró en estricto sentido con lo que emerge de la prueba documental, tal como quedó delineado de manera precedente.

Ahora, sobre el punto desarrollado por el recurrente acerca de que la solidaridad del artículo 34 del CST solo refiere a prestaciones del CST y no a las demás obligaciones del empleador, por lo que resulta una condena asombrosa, acota la Sala que el concepto de “prestaciones” contenido en el artículo 34 *ejusdem* no puede limitarse o restringirse a las prestaciones sociales del CST como lo entiende el actor, pues la norma se refiere genéricamente a prestaciones nunca limitada a “sociales”, y en todo caso, la jurisprudencia ha ido ampliando su intelección, como pasa en la sentencia SL3014-2019, reiterada en la SL3111-2021, en la que dijo:

«Por último, en cuanto a la inconformidad del censor frente a la condena impuesta relativa a la consignación de aportes de los demandantes, argumentado para ello que la solidaridad del artículo 34 del CST, en virtud de la cual se le extendió esa obligación, solo es aplicable respecto de salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, con lo que considera que se incurrió en una interpretación errónea de dicho precepto y del 22 de la Ley 100/93, debe indicarse, que el pago de aportes a la seguridad social sin lugar a dudas hace parte de las obligaciones del empleador, siendo estos la base para constituir o formar el derecho a la pensión, al punto que la omisión de afiliación al régimen pensional, conduce a que sea este quien responda por la prestación.

En esa medida, si bien no puede considerarse que los aportes constituyan en sí una prestación social, es el elemento esencial para la construcción o formación de una de carácter especial, razón por la cual, debe entenderse comprendida dentro de las prestaciones a las que alude el artículo 34 en cita, pues la intelección que debe darse a este precepto, es que su objetivo es que la solidaridad se haga extensiva respecto de todas las obligaciones laborales que el empleador tiene con sus trabajadores, y en esa medida debe concurrir el dueño de la obra o beneficiario del trabajo o actividad que para ella desarrolló».

Así las cosas, de ninguna manera le asiste razón a ECOPETROL S.A. para desligarse de la obligación ordenada en primera instancia, pues al configurarse la solidaridad del artículo 34 del CST, y ante la falta de cotizaciones a favor del actor por parte de AN-SON DRILLING OF COLOMBIA S.A. en los periodos del 17 de septiembre de 1984 hasta el 30 de diciembre de 1989, y del 3 hasta el 30 de junio de 1990, por falta de

cobertura del otrora ISS, y debido a la extinción de la entidad contratista, le compete a ECOPETROL S.A. asumir el reconocimiento y pago del cálculo actuarial a favor de COLPENSIONES, lapso en la que debe tenerse en cuenta como IBC el valor de \$40.000 para el año de 1984 (Fol. 31) y \$325.000 para el año 1990 (Fol. 29), y en los otros años, ante la falta de prueba que demuestre el valor percibido, debe tomarse el salario mínimo legal de cada anualidad.

Ahora, sobre el lapso que va desde el 01 de febrero hasta el 31 de julio de 1996, al existir afiliación desde julio de 1990 (Fol. 29), se presenta es una mora patronal, en la que es preciso memorar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que son dos cuestiones distintas, la mora en el pago de los aportes con la falta de afiliación, ya que la primera está precedida de la afiliación al sistema, pero el obligado a efectuar las cotizaciones omite su deber en realizar tales aportaciones, mientras que en el segundo evento se presenta cuando el empleador no comunica el ingreso al sistema del trabajador. Aspectos trascendentales en lo que tiene que ver con la responsabilidad del fondo de pensiones, ya que en el primer evento está en la obligación de ejercer las acciones coactivas para perseguir el pago de los aportes al empleador moroso, en tanto que en la segunda no se endilga tal obligación, ya que debe mediar *"el incumplimiento de una determinada prestación adquirida en virtud del formulario de afiliación del trabajador o de novedad de vinculación laboral"* (SL837-2020).

Ello así, como quiera que ECOPETROL S.A. es obligado solidario de AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A., también debe responder por el periodo del 01 de febrero hasta el 31 de julio de 1996, ya que una vez revisado el historial de cotizaciones (Fol. 13) se reportan en "0" como deuda presunta, y para lo cual debe tener en cuenta el IBC reportado en la historia laboral para esos periodos.

En efecto, no fue equivocada la decisión del cognoscente de instancia en impartir condena por cálculo actuarial y cotizaciones en mora a cargo de ECOPETROL S.A. como obligado solidario de AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A. liquidada.

Por lo anterior, se hace necesario tener en cuenta el periodo de tiempo laborado en AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A. que no fue cotizado por falta de afiliación al ISS, esto es, el tiempo de servicios prestado del 17 de septiembre de 1984 hasta el 30 de diciembre de 1989, y del 03 al 30 de junio de 1990, que corresponden a 279.86 semanas, más las semanas en mora del 01 de febrero al 31 de julio de 1996 que corresponden a 25.71 semanas, que sumadas a las 1.001,86 semanas que acredita en COLPENSIONES, arrojaría un total de 1.307,43 semanas al 31 de agosto de 2013.

Pensión de vejez y régimen de transición

Acto seguido y en consonancia con las pretensiones incoadas procede la Sala al estudio del reconocimiento pensional, para lo cual es menester recabar que para el 1 de abril de 1994 tenía 47 años de edad, por haber nacido el 04 de septiembre de 1946 (fl. 2), razón por la cual debe estudiarse su derecho a las luz de tales prerrogativas, establecidas como se sabe en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en el caso puntual, en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, por cuanto antes de 1994 venía cotizando en el sector privado.

En lo relacionado con la conservación del régimen de transición tras la entrada en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, debe decirse que, en efecto, al 29 de julio de 2005 el actor contaba con 917.57 semanas, es decir, una densidad cotizacional superior a las 750 semanas que exige el mentado Acto Legislativo, y por ello, siguió conservando la transición hasta el año 2014, precisándose que solo con el tiempo de servicios que se reconoce a través del cálculo actuarial sigue conservando el beneficio de la transición, pues omitiendo tal periodo solo alcanza 612 semanas, lo que constituye una razón más para prohiar acertada la decisión de instancia respecto a la condena a ECOPETROL S.A. como solidariamente responsable de las obligaciones de AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A. en lo que tiene que ver con el reconocimiento del cálculo actuarial.

Ahora, debe tenerse en cuenta que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece como requisitos para optar por la pensión de vejez, el cumplimiento de 60 años de edad en el caso de los hombres y 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Respecto al cumplimiento de la edad, nótese que de conformidad con la cedula de ciudadanía visible a folio 2, el actor arribó a los 60 años de edad el 04 de septiembre de 2006 por haber nacido el mismo día y mes del año 1946, y según la historia laboral que obra en el expediente (Fol. 12), sumada a las semanas del cálculo actuarial y cotizaciones en mora, aquel cuenta con 487.58 en los últimos 20 años, y 956.01 en toda la vida laboral hasta el cumplimiento de los 60 años; no obstante, acredita las 1.000 semanas de cotización en toda su vida laboral el 30 de agosto de 2007, por lo que no cabe duda del derecho que le asiste, pues cumple a cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, esto las 1.000 en toda su vida laboral.

Respecto del ingreso base de liquidación, debe observarse el procedimiento contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, calcularlo con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años o de toda la vida laboral, el que le resulte más favorable, por tener el actor más de 1250 semanas de cotización, al que luego debe aplicársele el 90% como tasa de reemplazo de conformidad con el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

Respecto del disfrute pensional, establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que la pensión se reconocerá a solicitud del interesado previo cumplimiento de los requisitos mínimos para optar a ella, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que pueda entrar a su disfrute, siendo que en el sub lite la prestación económica se ordenó a partir del 01 de septiembre de 2013, dado que su última cotización data del 30 de agosto de 2013, ante lo cual, se impartirá su confirmación, pues no fue un punto objeto de apelación por la parte actora, y se aviene a los presupuestos legales atrás referidos.

De igual manera, el reconocimiento pensional deberá dispensarse con 14 mesadas pensionales, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, por haberse causado la pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011.

Frente a la excepción de prescripción, cumple relieves que, las mesadas se causaron a partir del 01 de septiembre de 2013, data desde la cual se hizo exigible el derecho, y en vista de que la reclamación se presentó el 15 de marzo de 2016 (Fol. 16) y la demanda se instauró el 29 de junio de 2018 (fol. 134), no corrieron más de los 3

años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., entre una y otra calenda, y por ende, no hay lugar a prohiar que operó el fenómeno prescriptivo, como a bien lo determinó la a quo.

Se autoriza a COLPENSIONES para que descuenta del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal debe hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Indexación

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que *"el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa"*, en lo que al punto concluye:

"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá Colpensiones cancelar las mesadas que se llegaren a reconocer desde el 1 de septiembre de 2013 debidamente indexadas a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos.

Finalmente, debe precisar la Sala que el reconocimiento pensional no puede quedar supeditado al pago del cálculo actuarial por parte de ECOPETROL S.A., ya que, si bien en aplicación a lo establecido en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, literal e): *"En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional"*, lo cierto es que, de conformidad con el artículo 2º del CGP, se debe garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos de quien reclama su reconocimiento en la instancia judicial, y por ello, dejar condicionado el reconocimiento pensional hasta que el empleador reconozca el cálculo actuarial, sería tanto como desconocer el derecho a la seguridad social y el disfrute efectivo de la prestación económica luego de haber cumplido con creces la densidad cotizacional, además una vez declarada la obligación a cargo de ECOPETROL S.A. que debe responder por el cálculo actuarial y cotizaciones en mora, puede COLPENSIONES ejercer los mecanismos administrativos y/ o judiciales para materializar la orden impartida en la sentencia a su cargo, cuya potestad se encuentra reglada en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, a través de la persecución coactiva de su cobro.

Ahora, no se efectúa la condena en concreto del valor de la mesada pensional, al no contar con los IBC anteriores a 1994, además que debe cargarse en la historia laboral los periodos aquí ordenados como cálculo actuarial, razón por la que, la orden aquí impuesta, no vulnera el artículo 283 del CGP, debiendo COLPENSIONES liquidar la prestación con sujeción a los parámetros atrás indicados.

Llamado en garantía LIBERTY SEGUROS S.A.

En relación con la póliza de seguros, por la cual fue llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A., esta Sala de Decisión trae la posición que sobre el tema ha decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, al expresar: *"Esta Sala de la Corte ha aceptado la posibilidad del llamamiento en garantía en el proceso laboral, y que allí se defina la responsabilidad que le incumbe al llamado bajo ese título"* (Radicación No 30821 del 11 de marzo de 2008, M.P. Eduardo López Villegas).

Al tenor de lo dispuesto y descendiendo al sub judice se tiene que a folio 207, se allegó la póliza No 205885 con vigencia del 03 de enero de 1994 al 03 de enero de 1999, en virtud de la cual se aseguró la cobertura de *"salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones"* con un valor asegurado de \$150.150.000.

Ahora, igualmente, se detallan como beneficiario a ECOPETROL S.A. y como tomador a AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A. liquidada, y además se observa que ampara los riesgos antes dichos en relación con la ejecución del contrato No DIJ-(P) 398, *"referente a la ejecución de los trabajos de acondicionamiento y terminación de pozos petroleros mediante la operación de un equipo convencional para reacondicionamiento"* (Fol. 207)

Por lo anterior, teniendo en cuenta que AN- SON DRILLING OF COLOMBIA S.A. liquidada, contrató con la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A la póliza No 205885, para amparar los riesgos de *"salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones"*, considera la Sala que la obligación impuesta a ECOPETROL S.A. relativa a la asunción de los periodos en mora del 01 de febrero al 31 de julio de 1996 no se encuentran cobijados por la póliza contratada, o dicho de otra manera, no puede sostenerse que dentro del riesgo asegurado de *"prestaciones sociales"* se encuentre el de la asunción de los aportes pensionales a cargo del empleador.

Ahora, si bien es cierto en el acápite de la solidaridad se dijo que el concepto de *"prestaciones"* debe mirarse en sentido amplio y no restringido, ello no puede asumirse para el evento de la póliza de seguros, ya que se llegaría al absurdo de que toda obligación insoluble a cargo del tomador queda cobijada por la póliza, cuando de conformidad con el artículo 1045 del Código de Comercio, uno de los elementos esenciales del contrato de seguros es que se determine de manera clara e inequívoca el *"riesgo asegurable"*, y de igual manera, la misma providencia citada con anterioridad (SL3111-2021) establece que *"los aportes no constituyen en si una prestación social"*, pero son un elemento esencial *"para la construcción o formación de una de carácter especial"*, esto es, las prestaciones que pueden causarse con los aportes, como puede ser la pensión de vejez.

Por lo expuesto, mal podría la Sala asumir por extensión que los aportes pensionales se encuentran asegurados en la póliza bajo el riesgo de *"prestaciones sociales"*, y en ese horizonte, lo procedente es darle la razón a LIBERTY SEGUROS S.A, y revocar la decisión de instancia en su contra, declarando probada la excepción de inoperancia

del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de la póliza de seguro No 205085, y por sustracción de materia ninguna disquisición se realizara frente a la prescripción alegada por la llamada en garantía.

Compensación de la indemnización sustitutiva

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha delineado que tal condena es procedente *"con el fin de evitar un pago que genere un detrimento económico a la entidad de seguridad social, esta podrá deducir lo que pagó al reclamante por concepto de indemnización sustitutiva"* (SL5037-2020), en ese orden, se confirmará la decisión de instancia que ordenó que del retroactivo causado se deduzca lo correspondiente al valor reconocido por indemnización sustitutiva mediante resolución GNR212613 del 25 de agosto de 2013 (Fols. 3 a 6), indemnización que debe devolverse debidamente indexada desde la fecha de su reconocimiento hasta cuando se vaya a efectuar la respectiva deducción sobre el retroactivo causado, ello debido a la pérdida del poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario.

Conforme lo dicho, y estudiados como quedaron los puntos objeto de apelación, lo procedente es revocar parcialmente la decisión de instancia en lo que respecta a la llamada en garantía, modificar lo relativo a la devolución indexada de la indemnización sustitutiva, y confirmar en todo lo demás la sentencia materia de apelación y consulta.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por no haberse causado. Las de primera se revocan solo las impuestas a favor de Liberty Seguros S.A., pues se revocó la condena impuesta a tal entidad.

DECISIÓN

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

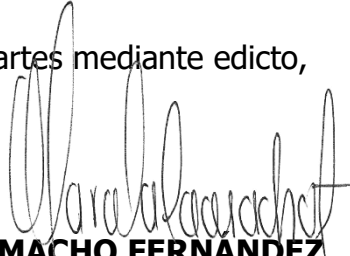
PRIMERO.: REVOCAR el **NUMERAL SEXTO** de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2021 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a LIBERTY SEGUROS S.A. como llamada en garantía, para en su lugar, **ABSOLVER** a tal entidad de las suplicas del llamamiento en garantía por parte de ECOPETROL S.A., declarándose probada la excepción propuesta de inoperancia del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de la póliza de seguro No 205085, conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la sentencia, en el sentido de ordenar el descuento de lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva debidamente indexada, desde la fecha en que se reconoció al demandante hasta la fecha en que se procederá a realizar la deducción sobre el retroactivo.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan solo las impuestas a LIBERTY SEGUROS S.A.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: ANA PAOLA RIOS CABRA
Demandada: CLINICA SAN FRANCISCO DE ASIS S.A.S.
Radicado No.: 110013105-021-2017-00388-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN- REVOCA Y CONDENA.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. Ana Paola Ríos Cabra instauró demanda ordinaria contra la Clínica San Francisco de Asís SAS, con el propósito de que se declare que entre las partes la existencia de una relación laboral, con fecha de iniciación el 02 de septiembre de 2016 y terminación a finales del mes de febrero de 2017. En consecuencia, se condene a la encartada al pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, aportes a pensión, salud y riesgos profesionales, la indemnización por no pago de cesantías e intereses a las cesantías, la sanción del artículo 65 del CST, la indexación, la indemnización por despido sin justa causa, los intereses legales sobre lo adeudado, lo ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que empezó a laborar para la sociedad demandada el 02 de septiembre del 2016, desempeñando de manera personal en el cargo de médico general, con un salario mensual de \$5.140.800; que desempeño su labor en las instalaciones de la empresa demandada y con las herramientas suministradas por esa sociedad; que la demandada era quien señalaba la labor a cumplir y le indicaba el tiempo durante el cual debía ejecutar sus funciones; que las funciones estaban destinadas a satisfacer el objeto social de la demandada; que debía asistir a reuniones de manera obligatoria y por fuera de la jornada laboral; que el no cumplimiento de las ordenes implicaba ser sancionada; que a finales del mes de febrero de 2017 fue despedida sin justa causa; que durante la vigencia de la relación laboral no le fueron canceladas las acreencias que reclama en el petitum de la demanda. (Pág. 4 a 12).

2. Contestación de demanda. Al contestar la demanda, la sociedad Clínica San Francisco de Asís SAS, se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento de que entre las partes se suscribió un convenio de prestación de servicios profesionales como medica general, actividad que desarrolló sin subordinación o

dependencia alguna ya que debía prestar los servicios de acuerdo a la lex artis exigida para su profesión; que la demandante era conocedora de la clase de vinculación que suscribía y nunca presentó inconformidad; que la profesional de la salud ejerció su profesión de manera autónoma e independiente, sin la existencia de subordinación o dependencia alguna de la IPS; que se le cancelaron honorarios por los turnos efectivamente cumplidos. Como excepciones de mérito rotulo las de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación reclamada, y buena fe. (Fols. 35 a 50).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 03 de diciembre del 2019, en la que la falladora declaró probada las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación reclamada y buena fe y, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la actora.

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que debía proponerse a verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual trajo a colación lo señalado en el artículo 24 del CST, indicando que aquella preceptiva establece una garantía a favor del trabajador que consiste en que se presume toda relación de forma personal que está regida por un contrato de trabajo, lo cual implica para el empleador desvirtuarla.

Así las cosas, aludió que, en el caso concreto se logró demostrar la prestación personal del servicio, con el cual operó la presunción legal, misma que fue derruida por la entidad demandada, ya que de la prueba allegada al proceso no se desprende la subordinación; que de la prueba testimonial solo se dio cuenta de la coordinación, supervisión y control, aspecto que no son ajenos a los contratos de prestación de servicios; que los turnos eran convenidos con la actora; que no era obligatorio la asistencia a capacitaciones; que no se hicieron llamados de atención; que el hecho de que deba presentarse a un piso a cumplir los turnos no genera subordinación, e igualmente, conforme la jurisprudencia, la exigencia de un horario no conlleva a establecer que la relación fue subordinada. En definitiva, consideró que la entidad demandada logró desvirtuar la presunción, con lo que hay lugar a declarar demostraba la excepción de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación reclamada y buena fe. (Fol. 83 a 86 con Cd de audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación la **parte demandante**, arguyendo que se demostró con suficiencia los elementos del contrato de trabajo; que la función de la actora desarrolló el objeto social de la empresa; que los instrumentos fueron suministrados por el empleador, con recursos de aquel; que la labor desempeñada estaba sometida a interventoría y coordinación a través de un médico vinculado mediante contrato de trabajo; que debía presentarse a trabajar al piso asignado por la empresa, así como también los pacientes eran asignados por la entidad; que la clínica disponía el lugar; que se demostró el cumplimiento de un horario de lunes a viernes; que se demostró amonestación por llegada tarde; que se debía manifestar al coordinador en caso de ausentarse; que las ausencias estaban sujetas a la autorización del coordinador; que se demostró el vínculo laboral intuitu personae, ya que solo podía ser reemplazada por otro médico de la entidad, con aviso previo y autorización del coordinador; que existía una organización jerárquica, coordinador, médico, enfermeras y auxiliares de enfermería; que se debía cumplir reglamentos al interior de la entidad; que existió una continuidad del servicio; que se presentó mala fe del empleador, ya que no se tenía claridad de quien debía ser contratado por prestación de servicios o mediante contrato de trabajo; que la tacha propuesta con el testigo si es procedente, dado que la

información solo se vino a tener al momento de rendir la declaración. En síntesis, solicita que se revoque la sentencia y se acceda a todas y cada una de las pretensiones formulada en el escrito inaugural.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Demandada. Solicita que se confirme la decisión de instancia, dado que entre las partes no existió una relación laboral, sino un contrato de prestación de servicios como médico general, el que finalizó por decisión de la contratante; que la demandante no estuvo sometida a subordinación para desarrollar su profesión; que la actividad la desarrollaba de manera autónoma e independiente de acuerdo a sus conocimientos como médica general.

5.2 Demandante. Peticiona que se revoque la decisión de instancia y se condene a la demandada a las suplicas incoadas, en la medida en que se demostró la existencia de la relación laboral entre las partes, sin que la demandada haya logrado desvirtuar la presunción a favor de la actora.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico** ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo o por el contrario, la demandada logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral dentro de los extremos temporales solicitados en la demanda?

i) Relación laboral

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

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

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

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada"* (criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en el período comprendido entre el 02 de septiembre del 2016 hasta finales del mes de febrero de 2017. Afirmación frente a la cual la demandada aduce que en efecto se presentó la prestación del servicio a favor de la Clínica San Francisco de Asís en el lapso allí indicado, pero que no lo fue a través de una relación laboral sino con ocasión a un vínculo de carácter civil.

Así mismo, de la documental de folio 16 a 18 obra convenio de prestación de servicios profesionales, y a folio 19 y 51 sendas certificaciones, donde se hace alusión a que la señora ANA PAOLA RÍOS CABRA, prestó sus servicios en la Clínica San Francisco de Asís desde el 02 de septiembre de 2016 hasta el 28 de febrero de 2017 como médico general, lo que lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, lo que da lugar a la inversión de la carga de la prueba, en donde la entidad encartada deberá desvirtuarla de manera fehaciente, controvirtiendo la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "onus probandi", *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"* (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de *"reus, in excipiendo, fit actor"*, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016), situación que no sucedió en el presente litigio, toda vez que la pasiva no logró desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST.

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tienen aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citados por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T, y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de suficiente peso y solidez para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

En este mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en

cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un *“haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta”*

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompasan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que la Clínica San Francisco de Asís no logró derribar la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada, pues el testimonio recabado y de cargo de la parte demandada, al contrario de las conclusiones a las que llegó la a quo, dio cuenta de que la actora debía prestar sus servicios por turnos de acuerdo a la disponibilidad de los médicos, asimismo dijo que en el evento de que por alguna razón no pudiera asistir la actora, debía *“informarlo con anterioridad y yo cubría con otro médico que tenga disponibilidad”*, y a pesar de que hizo alusión a que ninguna consecuencia adversa se presentaba o que ni hubo ningún llamado de atención, lo cierto es que, aquel testigo fungía como coordinador médico y por ende, era quien coordinada la función que debía desplegar la actora al servicio de la entidad demandada, bien sea en lo referente a los turnos o en cómo se debía realizar la función, pues no de otra manera se explica que la actora no podía ausentarse del lugar de trabajo sin previa autorización, o que los reemplazos los debía realizar con otros compañeros médicos de la misma entidad, tesis que desdibujan en un todo la relación civil o de prestación de servicios autónoma.

En este punto, la a quo consideró que en la relación civil o de prestación de servicios no se excluye que haya coordinación, control o vigilancia; empero, a pesar de ser ello cierto, tal coordinación, vigilancia o control no puede desbordar su finalidad, como lo ha adocinado la Corte *“al punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo”* (CSJ SL2885-2019), lo que acontece en el sub examine, ya que tal fijación de turnos y coordinación limitaron la autonomía y autodeterminación del tiempo de trabajo de la actora, máxime que debía pedir autorización o informar al coordinador en los eventos en que no cubriría algún turno, o proceder a reemplazarlo con otro médico de la misma entidad previa autorización del coordinador.

De igual manera, el hecho de que no se haya fijado un horario fijo, sino que lo sea por sistema de turnos, bien sea el de 7 am a 1 pm, de 1 pm a 7pm o el de 7pm a 7 am, y que tales turnos eran convenidos por la actora, considera la Sala que ello por sí solo no desvirtúa la subordinación, pues la respuesta también se encuentra en jurisprudencia de antaño en la que se dice: *"aun cuando la fijación de horarios por el empleador es quizás uno de los hechos más característicos de la subordinación laboral, no cabe predicar, a contrario sensu, que cuando esa fijación no exista deba por fuerza, suponerse la autonomía en la prestación del servicio"*¹, máxime que en el sub examine, una vez concretado el turno, no podía la actora ausentarse del lugar de trabajo sino solo hasta finalizar el mismo, y así lo expresó la testigo María Enoice Cifuentes, quien fue compañera de trabajo de la actora como médico general, quien afirmó que no se podía salir más temprano y que se debía cumplir el horario.

Igualmente, debe la Sala tener en cuenta el dicho de las testigos Nicky Díaz y María Enoice Cifuentes, quienes como compañeras de trabajo de la actora, manifestaron al unísono que existía un Coordinador Médico, cuyo cargo era ejercido por el doctor "Lazzo", a quien se debía informar o comunicar los eventos en los que no se podía asistir a cumplir los turnos, así como también los reemplazos, el cual debía surtir con otro médico de la misma entidad; igualmente debe destacar la Sala el dicho de la señora Nicky Díaz, quien como auxiliar de enfermería indicó que en una ocasión en la que la actora llegó tarde al turno, el doctor Lazzo le llamó la atención, y en otra ocasión aquél coordinador le manifestó a la actora que *"necesito que me haga cubrimiento en tal piso"*, circunstancias factuales que no encajan en la simple coordinación y control, sino que convierten tan coordinación en subordinación eminentemente laboral, pues limitan la autonomía del trabajador.

De lo expuesto, en lo que refiere a la prueba testimonial traída por la parte pasiva, no es de la suficiente entidad, ni se reviste de la solidez y contundencia necesaria para descartar la relación laboral subordinada, al contrario sus dichos encajan en varios de los indicios referidos en la jurisprudencia nacional acordes a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, a saber:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020): lo que aconteció con la función desplegada por David Esteban Lazzo como Coordinador Médico, pues era el quien Coordinaba los turnos y a quien debía la trabajadora informar o comunicar las ausencias o reemplazos de los turnos, y aquí descendemos al otro indicio, consistente en *"cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019)"*, el que además de lo dicho, se configura con que no puede la Colegiatura aceptar una relación de tipo civil extendida entre el 05 de septiembre del 2016 al 28 de febrero de 2017, es decir, por espacio de 5 meses en una función "médico general", que conforme el certificado de existencia y representación legal (Fols. 13 a 15) constituye una actividad misional para el desarrollo de su objeto social, mismo que se concreta en *"prestación de servicios de salud"*, y ello nos lleva a configurar el siguiente indicio, relativo al *"desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393)"*, ya que de ninguna manera puede aceptarse que el cargo de médico general se considere ajeno a la estructura interna de cargos de la entidad, pues no tendría razón de ser el funcionamiento de una clínica cuyo objeto es la prestación de servicios de salud sin médicos generales, dicho de otro modo, si el cargo desempeñado por la actora no constituye un cargo en la estructura empresarial, su prestación del servicio hubiera sido temporal y esporádica para una actividad determinada o para atención medica específica debido a su especialidad, lo que no acontece en el sub lite,

¹ Ibídem

ya que se presentó una continuidad en el despliegue de su fuerza de trabajo en favor de la encartada en procura de desarrollar de manera principal su objeto social.

Igualmente, no puede pasar por alto la Judicatura que la prestación del servicio en el lapso que duró su vínculo laboral, se desarrolló en "*los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020)*" y con "*el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019)*", circunstancia que fue corroborada por los tres testigos recabados, e incluso por el testigo de cargo de la enjuiciada, quien manifestó que las herramientas son de la institución y que los elementos como gasas o insumos se facturaban al paciente, lo que connota que la actora debía en estricto sentido prestar sus servicios en la infraestructura de la empresa y con las herramientas que aquella suministraba.

En ese mismo hilo conductor, en lo referente a la *exclusividad (CSJ SL460-2021)* o intuitu personae, en la sentencia SL3345-2021, que sirve de base para el caso sub examine, la Corte dice:

"(v) los reemplazos que aludió el actor simplemente confirman la regla general, esto es, que era él quien debía prestar los servicios médicos de forma personal y sin posibilidad de delegarlos en otras personas, pues ello quedaba a la discreción de la empresa, lo que acredita el elemento intuitu personae del contrato de trabajo"

Lo anterior, debido a que la actora debía prestar sus servicios de manera personal, sin posibilidad de delegarlo en otras personas que no fueran médicos de la misma institución y previa comunicación y autorización con el Coordinador médico.

Estos indicios plurales, concordantes y convergentes, valorados en conjunto, conducen a la certeza de la existencia del hecho desconocido que se pretende establecer, esto es, la existencia de una relación laboral entre las partes en litis, por ende, al ser los indicios medios probatorios conforme a lo estipulado en el art. 165 del CGP y al encontrarse acreditados los requisitos del art. 260 del mismo estatuto, no queda otro camino que declarar su existencia, advirtiendo que si bien la defensa de la entidad empleadora estuvo encaminada a demostrar que la actora fungió como contratista autónoma e independiente, considera la Sala que conforme a la Jurisprudencia sobre este tópico, lejos está la actora de ser considerado como tal, no solo por lo dicho en precedencia, sino también porque "*la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación*", lo que se itera, ni de asomo se configura tal calidad en la actora, muy a pesar de que en el plano formal el contrato de prestación de servicios en su clausulado haga referencia a "*su calidad de profesional independiente*" (Fol. 17).

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación resulta desatinado, cuando el hilo conductor de las probanzas recaudadas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva.

Además, otro aspecto probatorio que llama la atención de la Sala son las documentales adosadas a folios 86 a 124, en la que se hace saber los honorarios pagados a la actora. Sobre ello fácil resulta deducir que, aunque el monto variaba mes a mes, no obstante, las partes aclararon que dependía de los turnos realizados, situación que se reafirma

por lo aducido por los testigos, quienes señalaron enfáticamente que la labor que ejercía la actora dependía de los turnos que se realizaran en el mes, situación que denota un pacto de salario "por unidad de tiempo" entre las partes, modalidad contenida en el art. 132 del CST.

Concluyéndose de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiario la demandante no fue derruida, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, administrativa, científica y directiva, por el contrario, las probanzas desdibujan los supuestos contratos de prestación de servicios, por cuanto es evidente que la accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en el lugar asignado por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada al objeto social de la compañía.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación erró la Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes fue en forma autónoma e independiente y en tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia recurrida.

Extremos temporales de la relación

Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 02 de septiembre de 2016 hasta finales del mes de febrero de 2017. Sobre este aspecto se encuentra probado que la actora prestó sus servicios de forma continua desde aquella data, en tanto que, según se evidencia del contrato de prestación de servicios aportados por la parte actora, no mediaron interrupciones superiores a 30 días, existiendo un vínculo lineal entre las partes desde el 02 de septiembre del 2016 (CSJ Sala Laboral Rad 36897/10, Rad. 47590/16 y SL981/19).

El extremo final tampoco presenta complejidad, pues es la misma parte pasiva quien acepta los extremos temporales y anexa una certificación en la que aduce que la actora prestó sus servicios como MEDICO GENERAL hasta el 28 de febrero de 2017, por tal razón, en lo que concierne a la fecha de terminación del vínculo laboral lo será dicha data.

Salario

Señaló la parte actora en el hecho tercero de la demanda que devengó por la labor desempeñada la suma de \$5.140.800 mensuales, frente a lo cual la demandada señaló no ser cierto, pues los "honorarios" podían variar dependiendo del "numero de turnos que cumpliera durante el mes", los cual se detallaban en las cuentas de cobro presentadas por el promotor del litigio.

Con este fin, se allegaron las cuentas de cobro de algunos de los meses laborados por la promotora del proceso, en las que se expone las actividades ejecutadas y el valor correspondiente (fol. 86 a 127).

En consecuencia, esta Sala ha de tener como promedio salarial el indicado en los citados documentos, mismos que no fueron objeto de tacha de falsedad tampoco desconocidas por la accionada, en el cual se incluirá los valores allí referidos, y en los meses donde no se encuentre información de la remuneración habrá de tomarse como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente (SL16528-2016). En conclusión,

las siguientes sumas serán las que se tengan en cuenta para liquidar las acreencias laborales a que haya lugar:

PERIODO		SALARIO	Folio
5/09/2016	30/09/2016	\$ 3.325.920,00	Fol. 86
1/10/2016	31/10/2016	\$ 6.258.720,00	Fol. 92
1/11/2016	30/11/2016	\$ 5.837.760,00	Fol. 100
1/12/2016	31/12/2016	\$ 6.824.640,00	Fol. 107
1/01/2017	31/01/2017	\$ 8.908.560,00	Fol. 114
1/02/2017	28/02/2017	\$ 7.924.680,00	Fol. 122

Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda el demandado a la señora Ana Paola Ríos Cabra, sin que haya lugar a estudiar la excepción de prescripción por no haberse propuesto en la contestación de la demanda.

Acreencias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas a la actora, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

Auxilio de cesantía

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 fuese 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. 2º 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 no se cumplen en el sub examine, pues la actora devengó más de 3 SMLMV mensuales.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **\$3.256.690** por concepto de auxilio de cesantías entre el 05 de septiembre de 2016 al 28 de febrero de 2017.

CESANTIAS							
DESDE	HASTA	SALARIO PROMEDIO RECIBIDO	AUXILIO DE TRANS	TOTAL (SALARIO + AUX TRANS)	DIAS		CESANTIAS
5/09/2016	31/12/2016	\$ 5.753.544,83		\$ 5.753.544.83	116	9.67	\$ 1.853.920
1/01/2017	28/02/2017	\$ 8.416.620.00		\$ 8.416.620.00	60	5	\$ 1.402.770
TOTAL							\$ 3.256.690

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. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$99.740,31** por concepto de intereses a las cesantías causados.

CESANTIAS							
DESDE	HASTA	SALARIO PROMEDIO RECIBIDO	AUXILIO DE TRANS	CESANTIAS	DIAS		% CESANTIAS
5/09/2016	31/12/2016	\$ 5.753.544,83		\$ 1.853.920	116	9.67	\$ 71.684.91
1/01/2017	28/02/2017	\$ 8.416.620.00		\$ 1.402.770	60	5	\$ 28.055.40
						TOTAL	\$ 99.740.31

Sanción por no pago de intereses a las cesantías

Cumple recordar que de conformidad con el numeral 3 del artículo 1º de la Ley 52 de 1975, el empleador que no pague al trabajador los intereses establecidos deberá cancelarle a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses a las cesantías causados. En tal virtud, y como quiera que no fue cancelado en término ni a la culminación del laborío los intereses a las cesantías a los que tenía derecho la aquí demandante, se condenará a la llamada a juicio al pago de **\$99.740,31** a título de indemnización.

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 el lapso trabajado.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$1.628.345** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios

Prima causada y exigible	Tota (salario)	Salario diario	Días	Valor prima
dic-2016	\$5.753.544,83	\$191.784,83	4.83	\$ 926.960
28/02/2017 Término Contrato	\$ 8.416.620,00	\$ 280.554,00	2.5	\$ 701.385
Total Prima de servicio				\$ 1.628.345

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$1.937.144** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 05/09/2016				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
05/09/2016 a 28/02/2017	Terminación del Contrato	\$ 7.924.680	176	\$ 1.937.144,00
Total vacaciones				\$ 1.937.144.00

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías

Respecto a esta pretensión 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 existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuenta, sin mayores discusiones, que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través de la citada forma de vinculación, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló la actora a favor de la llamada a juicio, que concuerda con su objeto social, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de las sanciones que persigue la parte actora.

En consecuencia, se entrará a cuantificar las indemnizaciones citadas:

- **Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.**

Se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses de finalizada la relación (folio 25, acta de reparto del 06 de julio de 2017), en consecuencia, se deberá condenar a la encartada a pagar a favor de la señora Ana Paola Ríos Cabra el valor de \$264.156 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 01 de marzo del 2017 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta que se efectuó el pago total de las acreencias adeudadas. Aclarando que para la fecha de terminación de la relación laboral la señora Ana Paola Ríos Cabra devengaba un salario mensual de **\$7.924.680** tal como se expuso.

Lo anterior con fundamento en lo dispuesto en la sentencia C- 781 de 2003 y el principio de favorabilidad en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

- **Sanción por la no consignación de las cesantías.**

Sobre la liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la corte ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, "que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral"

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **\$2.876.772,41**.

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTICULO 99						
AÑO	SALARIO	DESDE	HASTA	SALARIO DIARIO	TOTAL DÍAS	SUBTOTOTAL MORATORIA
2016	\$ 5.753.544.83	15/02/2017	28/02/2017	\$ 191.784,83	15	\$ 2.876.772,41

Indemnización por despido sin justa causa

El demandante argumentó en su libelo introductor que se dan las condiciones para que sea condenada a la encartada al pago de la citada indemnización, en tanto que fue despedida sin justa causa.

Sobre tal semblante, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014) .

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral, sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que la demandante cumplió con la aducida carga, en tanto que no fue desconocido para la demandada que el contrato de prestación de servicios lo finalizó de forma unilateral, pues de hecho la misma encartada allegó al paginario el oficio del 28 de febrero de 2017 (fol. 52), en la que en el asunto se le informa: *"terminación convenio de prestación de servicios"*, cuyo fundamento consistió en que *"la clínica se encuentra en proceso de reorganización administrativa, tal y como le fue socializado de manera verbal y donde se le indicó los cambios administrativos y asistenciales que se venían efectuando y, así las cosas y en cumplimiento de lo consagrado en la cláusula octava del convenio civil de prestación de servicios profesionales suscrito entre las partes (...) Esta determinación se hace efectiva a partir de hoy martes 28 de febrero de 2017, indicándole que no se le programaran más turnos para desempeñar su profesión como médico general al servicio de la entidad"*

De esta manera, al evidenciarse que la demandante cumplió con su carga probatoria, surge para Sala estudiar si la pasiva no solo acreditó que la terminación fue como consecuencia de una justa causa, sino, además, que cumplió con el deber de comunicarle a su trabajador las causas y motivos de su decisión.

En tal virtud, y como quiera que las razones esgrimidas en la carta de finalización de la prestación del servicio no constituyen justa causa, o no se encuentra en alguna de las enlistadas en el artículo 62 del CST.

Ahora, si bien es cierto en la cláusula octava del referido contrato de prestación de servicios se estipuló que el convenio podía terminar *"en cualquier tiempo, cuando por necesidades institucionales y en cumplimiento de los contratos vigentes ya no se requiera de sus servicios"*, ello no convierte la terminación del vínculo laboral en justo, o dicho de otra manera, ello no constituye justa causa para finalizar el vínculo laboral de carácter indefinido que se declaró entre las partes, máxime cuando la jurisprudencia (SL675-2021) en casos similares de reorganización o supresión de cargos tiene consolidado que:

"por la supresión del cargo desempeñado por el trabajador no se entiende necesariamente que haya dejado de existir la materia del trabajo, pues si se identifica ésta con un cargo específico, terminaría permitiéndose que el empleador dejara cesante al trabajador en cualquier momento, sólo con hacer mutaciones en la empresa".

Finalmente, no se allegaron ni se demostró que la actora haya sido vinculada para trabajar como médico general en algún convenio en específico o que la duración de su contrato estaba condicionada a la vigencia de un contrato o convenio suscrito por la empresa con un tercero.

Así las cosas, sin más que decir al respecto, habrá lugar a ordenar el pago de la indemnización por despido sin justa causa, conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 64 del CST.

Aplicando la norma sustantiva, se tiene que, a título de indemnización por despido injusto se reconocerá la suma de **\$5.283.120**, en razón a que el tiempo de servicio prestado por la actora se enmarca en el literal "b", numeral 1º del Art. 64 en cita, en tanto que la trabajadora devengaba más de 10 salarios mínimos legales mensuales (10.7 smlmv).

Indemnización por despido sin justa causa					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Indemnización
\$ 7.924.680	02/09/2016	28/02/2017	\$ 264.156	176	\$ 5.283.120,00
TOTAL					\$ 5.283.120,00

Aportes al sistema de seguridad social

Sobre este tópico pretende el demandante *"el reintegro de las sumas de dinero por aportes a la seguridad social en pensión, salud y riesgos profesionales"*

En ese orden de ideas, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Conforme a lo anterior, se evidencia que a folios 90,97,104,112,119 y 128 aparecen probados los pagos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión, salud y ARL que realizó la señora Ana Paola Ríos Cabra como trabajador independiente.

Efectuados los cálculos, para la señora Ana Paola Ríos Cabra, le corresponde el valor de **\$718.734,75** por aportes en pensión, **\$509.048** por aportes en salud y **\$31.300** por aportes en riesgos laborales que no le correspondía sufragar a ella, sino al empleador.

APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL		
	PENSION - Fol. 90, 97,104, 112,119 y 128	
PERIODO	APORTES	% Empleador
2016-09	\$ 110.313,00	\$ 82.734,75
2016-10	\$ 208.000,00	\$ 156.000,00
2016-11	\$ 208.000,00	\$ 156.000,00
2016-12	\$ 120.000,00	\$ 90.000,00
2017-01	\$ 120.000,00	\$ 90.000,00
2017-02	\$ 192.000,00	\$ 144.000,00
	TOTAL	\$ 718.734,75

SALUD - Fol. 90, 97,104, 112,119 y 128		
PERIODO	INGRESO DE APORTES	8,5 % Empleador
2016-09	\$ 86.200,00	\$ 58.616,00
2016-10	\$ 162.500,00	\$ 110.500,00
2016-11	\$ 162.500,00	\$ 110.500,00
2016-12	\$ 93.700,00	\$ 63.716,00
2017-01	\$ 93.700,00	\$ 63.716,00
2017-02	\$ 150.000,00	\$ 102.000,00
	TOTAL	\$ 509.048,00

ARL - Fol. 90, 97,104, 112,119 y 128		
PERIODO	APORTES	100 % Empleador
2016-09	\$ 3.600,00	\$ 3.600,00
2016-10	\$ 6.800,00	\$ 6.800,00
2016-11	\$ 6.800,00	\$ 6.800,00
2016-12	\$ 3.900,00	\$ 3.900,00
2017-01	\$ 3.900,00	\$ 3.900,00
2017-02	\$ 6.300,00	\$ 6.300,00
	TOTAL	\$ 31.300,00

TOTAL APORTES S.S

\$ 1.259.082,75

Devolución de retención en la fuente e impuesto de industria y comercio

Frente a este tópico baste decir que, la devolución de la retención en la fuente y del impuesto de industria y comercio, por tratarse de un asunto de índole tributaria, no le compete a la Sala ordenar la restitución de los dineros por este concepto, pues esta debe pedirse y ser estudiada por la DIAN y la Secretaría de Hacienda respectiva. (SL9641-2014, SL3157-2020, SL4189-2020, SL2872-2021, entre otras).

Aportes al sistema integral de seguridad social a cargo del empleador

En lo relacionado con los aportes para pensión, los mismos resulta procedentes y son imprescriptibles, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la SL13207-2015, que reiteró la SL7885-2015, en los siguientes términos:

"Lo anterior, también aplica a los eventos en los cuales el Juez declara la existencia de un contrato de trabajo, pues esa decisión judicial -salvo que el trabajador hubiese demandado algo diferente, por ejemplo, pago de una pensión sanción, indemnización de perjuicios por omitir la afiliación, etc.- indefectiblemente conlleva la obligación de realizar aportes al régimen pensional al cual pertenecía o estaba afiliado el demandante -en el sub examine el de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S. hoy «COLPENSIONES»-, sin que sea dable pensar siquiera, que el trabajador se vea obligado a iniciar un nuevo proceso persiguiendo el pago de tales aportes, pues tal objetivo se cumple cuando la jurisdicción declara la existencia del contrato realidad".

Frente a los aportes al sistema integral de seguridad social en salud, tiene adoctrinado la Corte en sentencia SL1064-2018, que:

"Frente a los aportes al sistema de salud, esta sala de la Corte ha establecido que su pago resulta obligatorio, así no se hubiera disfrutado el servicio, debido al carácter contributivo del sistema, a la necesaria financiación de cuentas de solidaridad como la del FOSYGA y a la posible afectación de las prestaciones que debe reconocer el sistema (Ver CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, CSJ SL1457-2015, CSJ SL9373-2015, CSJ SL14385-2015, CSJ SL15439-2015)".

Conforme lo anterior, dado que en el sub examine se declaró la existencia de una verdadera relación laboral entre la demandante y la enjuiciada, indefectiblemente le compete a la demandada en calidad de ex empleador asumir el pago integral de los aportes al sistema general de pensiones y salud, tal como quedó sustentado en el criterio jurisprudencial atrás vertido, aúnese a lo anterior, que de conformidad con el artículo 22 de la ley 100 de 1993 debe responder por la totalidad del aportes, incluido el porcentaje que le hubiere correspondido a la trabajadora.

Así las cosas, como para los periodos en la que estuvo vigente el contrato de trabajo se encontró que el IBC reportado en la planilla de folio 90,97,104,112,119 y 128 es inferior al salario que devengó la accionante, habrá de ordenarse a la CLINICA SAN FRANCISCO DE ASIS que proceda con el pago de los aportes con base en las diferencias en el mismo, teniendo en cuenta el siguiente salario para cada una de los meses:

PERIODO	SALARIO	Folio
2016-09	\$ 3.325.920,00	Fol. 86
2016-10	\$ 6.258.720,00	Fol. 92
2016-11	\$ 5.837.760,00	Fol. 100
2016-12	\$ 6.824.640,00	Fol. 107
2017-01	\$ 8.908.560,00	Fol. 114
2017-02	\$ 7.924.680,00	Fol. 122

Indexación

La solicitud de indexación sobre las prestaciones sociales se negará ante la prosperidad de la indemnización moratoria. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles, tal y como se señaló en sentencia SL2695-2019. Sin embargo y como quiera que las vacaciones, la indemnización por despido sin justa causa, el desembolso de los aportes a la seguridad social y la sanción por la no consignación de las cesantías objeto de condena, no están cubiertas por la indemnización moratoria, ante su devaluación esta deberá ser indexada al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 28 de febrero de 2017 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

Costas

En ambas instancias a cargo de la parte demandada y en favor de la demandante, por salir avante el recurso de apelación propuesto.

DECISIÓN

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 03 de diciembre del 2019, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a la entidad demandada de las suplicas de la actora, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre la señora **ANA PAOLA RIOS CABRA** y la empresa **CLINICA SAN FRANCISCO DE ASIS** entre el 02 de septiembre de 2016 al 28 de febrero de 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **CLINICA SAN FRANCISCO DE ASIS** a pagar a la señora **ANA PAOLA RIOS CABRA** las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$3.256.690**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$99.740,31**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$99.740,31**, por concepto de sanción por no pago oportuno de los intereses sobre el auxilio de cesantía.
- d) **\$1.628.345**, por concepto de prima de servicios.
- e) **\$1.937.144**, por concepto de vacaciones, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 28 de febrero de 2017 y como IPC final al momento de su pago.
- f) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., el valor de **\$264.156** correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 01 de marzo del 2017 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente.
- g) Por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías la suma de **\$2.876.722,41**, que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 28 de febrero de 2017 y como IPC final al momento de su pago.
- h) Por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de **\$5.283.120**, que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 28 de febrero de 2017 y como IPC final al momento de su pago.

- i) Por concepto de reembolso de los aportes a salud y pensión efectuados sin tener obligación la suma de **\$718.734,75** por pensión, **\$509.048** por salud y **\$31.300** por riesgos laborales, sumas que deberán ser indexadas teniendo como IPC inicial el 28 de febrero de 2017 y como IPC final al momento de su pago.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **CLINICA SAN FRANCISCO DE ASIS** a pagar la diferencia de los aportes en favor de la señora **ANA PAOLA RIOS CABRA**, con destino a la entidad de seguridad social donde se encuentre afiliada la actora para los riesgos de pensión y salud, teniendo en cuenta como IBC los siguientes:

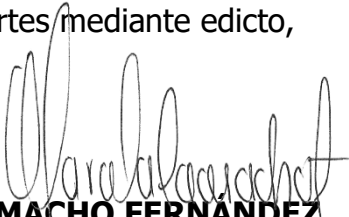
PERIODO	SALARIO
2016-09	\$ 3.325.920,00
2016-10	\$ 6.258.720,00
2016-11	\$ 5.837.760,00
2016-12	\$ 6.824.640,00
2017-01	\$ 8.908.560,00
2017-02	\$ 7.924.680,00

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **ANA PAOLA RIOS CABRA**.

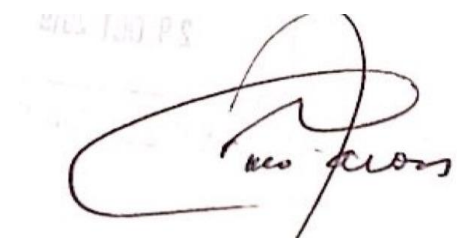
QUINTO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **CLINICA SAN FRANCISCO DE ASIS**. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandada. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUÍS 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-

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **ANA PAOLA RIOS CABRA** y a cargo de la demandada en la suma de \$2.500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARMEN ELISA GONZALEZ NOGALES
Demandante: LILIANA ROBAYO MAYUZA y Otra.
Demandado: COLPENSIONES.
Radicación: 110013105-020-2016-00423-01 – ACUMULADO 110014105-012-2018-00469-00.
Tema: APELACIÓN SENTENCIA - PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE

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

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. SHARON CATALINA CASAS BUCHAR, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda.

1.1. Carmen Elisa González Nogales. Instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES con el propósito de que se reconozca y pague la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del señor Lucio Díaz Barrera a partir del 04 de mayo del 2013, y de manera coetánea se declare que la señora Liliana Robayo Mayuza no tiene derecho a reconocimiento alguno. Como consecuencia de ello, se disponga a su favor el reconocimiento y pago de la citada prestación, las mesadas reajustadas desde el momento del fallecimiento, retroactivo junto con los incrementos anuales de ley, intereses moratorios del que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación; lo que resulte de las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el señor Lucio Díaz Barrero falleció el 04 de mayo de 2013; que COLPENSIONES a través de resolución GNR179666 del 20 de enero de 2014 negó el reconocimiento pensional, argumentando en el caso de las compañeras permanentes que existía controversia respecto de la convivencia, y respecto de Daniela Díaz Robayo que no se encontraba firmado el registro civil de nacimiento por su extinto padre Lucio Díaz Barrero; que mediante

resolución VPB44846 del 22 de mayo de 2015 COLPENSIONES revocó la anterior resolución y ordenó el reconocimiento y pago del 50% de la indemnización sustitutiva en cuantía de \$4.410.442 a favor de Daniela Díaz Robayo en calidad de hija, y dejó el restante 50% en suspenso hasta tanto la justicia ordinaria dirima el conflicto de beneficiarias; que Carmen Elisa González Nogales convivió en calidad de compañera permanente con Lucio Díaz Barrero por más de 21 años desde 1992 hasta el 4 de mayo de 2013 fecha de fallecimiento de Lucio Díaz Barrero, además que de esa unión procrearon a un hijo de nombre Miguel Ángel Díaz González, quien nació el 12 de junio de 1993; que desconoció que el causante tuviese cualquier vínculo afectivo o legal con tercera persona o que hubiese conformado otro hogar de manera simultánea y que tuviese hijos extramatrimoniales; que el señor Lucio Díaz Barrero cotizó al ISS, hoy COLPENSIONES 852.86 semanas, de las cuales 712 semanas fueron cotizadas con anterioridad al 1 de abril de 1994, con lo cual le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes bajo el principio de la condición más beneficiosa, junto con los intereses moratorios. (Proceso 20-2016-00423-00, fols. 2 a 14).

1.2. Liliana Robayo Mayusa, en nombre propio y en representación de su hija menor de edad Daniela Díaz Robayo. Presentó demanda ordinaria con el fin de que se reconozca el restante 50% de la indemnización sustitutiva en calidad de compañera permanente del causante Lucio Díaz Barrero, así como la indexación; de manera subsidiaria pretende que se declare que la menor Daniela Díaz Robayo es beneficiaria del 50% restante de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, equivalente a la suma de \$4.410.442, más los incrementos anuales e indexación.

Fundamentó sus peticiones en que el señor Lucio Díaz Barrero nació el 16 de junio de 1954 y falleció el 4 de mayo de 2013; que el causante y la señora Carmen Elisa González convivieron desde el año de 1992 hasta el año 2004, y desde el año 2005 hasta el año 2011 convivió con la aquí demandante; que de la unión marital de hecho procrearon a un hijo de nombre Daniela Díaz Robayo, quien nació el 30 de mayo de 2006; que desde el 12 de julio de 2010 al 16 de mayo de 2013 figuraba como dependiente del causante en el plan obligatorio de salud con la EPS Compensar; que el causante cotizó 852 semanas desde el año de 1977 hasta el año 2012; que al 31 de diciembre de 1994 el de cujus había cotizado 752.99 semanas al ISS; que COLPENSIONES mediante resolución GNR17966 del 20 de enero de 2014 negó la pensión de sobrevivientes, pero como se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, mediante resolución VPB44846 del 22 de mayo de 2015 Colpensiones decidió reconocer y pagar el 50% de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a la menor Daniela Díaz Robayo, dejando en suspenso el restante 50% por controversia entre beneficiarias hasta tanto se pronuncie la jurisdicción laboral. (Proceso 110014105-012-2018-00469-00, fols. 3 a 10).

2. Contestación de la demanda.

2.1. COLPENSIONES al momento de recorrer el término de traslado indicó respecto a las pretensiones de la demanda de la señora Carmen Elisa González Nogales que no acredita los presupuestos para otorgar la pensión de sobrevivientes, dado que el causante no dejó acreditado 50 semanas en los últimos tres años, pues tan solo acredita 30.45 semanas, asimismo, que bajo el principio de la condición más beneficiosa tampoco acredita los presupuesto de la ley 100 de 1993 en su versión original, debido a que en el año inmediatamente anterior a su deceso cuenta con 11.20 semanas, debiéndose acumular 26 semanas; que no es procedente remitirse al Acuerdo 049 de 1990, dado que de conformidad con el criterio de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL9762 de 2016, solo es posible aplicar la norma inmediatamente anterior.

Que en el trámite administrativo se presentó un conflicto de beneficiarias, tema que no puede ser dirimido por COLPENSIONES. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de intereses moratorios, prescripción y la innominada o genérica. (Proceso 20-2016-00423-00, fols. 56 a 64).

2.2. Por su parte la señora **Liliana Mayusa Robayo** en respuesta a la demanda presentada por Carmen Elisa González Nogales se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, argumentando que aquella no acredita la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en los términos previstos por los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho o de la obligación, prescripción, y declaratoria de otras excepciones. (Proceso 20-2016-00423-00, fols. 107 a 110).

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

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de septiembre del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró como única beneficiaria a la menor DANIELA DIAZ ROBAYO de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes conforme lo dispone el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, con ocasión del fallecimiento del señor Lucia Díaz Barrero (q.e.p.d); condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva en el restante 50% dejado en suspenso, a cargo de la menor Daniela Díaz Robayo, suma que deberá ser indexada al momento del pago; absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas por la señora Carmen Elisa González Nogales y Liliana Robayo Mayuza; gravó en costas a cargo de Carmen Elisa González Nogales y a favor de Colpensiones, y a favor de Liliana Robayo Mayuza como representante de Daniela Díaz Robayo. Finalmente, ordenó la compulsas de copias a la fiscalía respecto de las señoras Carmen Elisa González y Susana Rodríguez Avendaño, a fin de que investigue el actuar de estas al evidenciarse que pueden estar inmersas en el delito de falso testimonio. (Fols. 224 a 226 con Audiencia virtual)

Para arribar a tal decisiva empezó por señalar el problema jurídico, consistente en determinar en cabeza de quien se encuentra el beneficio de la pensión de sobrevivientes o la indemnización sustitutiva de la misma.

Indicó que el señor Lucio Díaz Barrero falleció el 04 de mayo del año 2013, por lo que la ley aplicable para resolver el asunto es lo establecido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, el cual exige 50 semanas en los últimos 3 años anteriores al fallecimiento, densidad con la que no cuenta el causante; sin embargo, como se pide la aplicación de la condición más beneficiosa, adujo que de conformidad con el criterio de la Corte Suprema de Justicia no puede hacerse un ejercicio histórico para buscar la norma aplicable, sino que solo se podía recurrir a la norma inmediatamente anterior, y siempre y cuando la muerte hubiere acontecido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, lo que no se acredita en el sub lite, dado que el señor Lucio Díaz falleció el 4 de mayo de 2013, con lo cual no hay lugar a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa dispuesta por las disposiciones de la ley 100 de 1993, y en ese orden, impartió absolución a COLPENSIONES respecto a la pensión de sobrevivientes.

Bajo ese horizonte, continuó con el estudio de la indemnización sustitutiva, misma que fue reconocida en un 50% para la hija del causante, y el otro 50% se encuentra en suspenso hasta que se defina por la jurisdicción ordinaria, para lo cual consideró que sobre el asunto de la prestación del afiliado fallecido, bajo la postura de la Corte Suprema de Justicia, no se exige un tiempo mínimo de convivencia, sino solo hacer parte del grupo familiar con vocación de permanencia vigente para la muerte del afiliado, siendo que en el caso concreto, si bien se acredita la calidad de compañeras permanentes de las dos reclamantes, no ocurre lo mismo con la acreditación de conformar el núcleo familiar con vocación de permanencia y vigente al deceso del señor Lucio Díaz, ello debido a que en el caso de la señora Liliana Robayo Mayuza, fue ella mismo quien manifestó en el interrogatorio de parte que convivió con el señor Díaz desde el año 2005 hasta el año 2011, esto es, que para el momento de fallecimiento (mayo de 2013) no conformaban un grupo familiar con el causante; respecto a Carmen Elisa González, sus dicho fueron muy contradictorios, al igual que el dicho de la única testigo que trajo al diligenciamiento rendido por la señora Susana Rodríguez Avendaño, pues su convivencia solo se puede acreditar hasta el año 2005, fecha para la cual se fue a convivir el causante con la señora Liliana Robayo hasta el año 2011, y luego de esta data el de cujus se fue a convivir con una señora llamada Viviana, por lo que, al momento de la muerte del señor Lucio Díaz, no se encontraba vigente ningún vínculo con las reclamantes y por ende, no se acredita el presupuesto exigido por la jurisprudencia.

Así las cosas, como la única beneficiaria de la indemnización sustitutiva en un 50 % lo fue Daniela Díaz Robayo, al no existir más beneficiarios con mejor derecho, lo procedente es otorgarle el reconocimiento del restante 50% de la indemnización sustitutiva a su favor, valor que debe ser indexado hasta la fecha en que se efectuó el pago.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Apelación Carmen Elisa González Nogales. En sustento de su recurso se opuso al criterio adoptado por el Despacho respecto de la condición más beneficiosa, ya que debió tenerse en cuenta la norma hacia atrás que mejor satisfaga los requisitos para optar por la pensión de sobrevivientes, en el caso concreto, no se puede desconocer que el señor Lucio Díaz inició cotizaciones desde el año de 1972, con lo cual, si le resulta aplicable el Decreto 758 de 1990; que el señor Lucio Díaz sí dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes al contar con más de 300 semanas en cualquier tiempo; que debe tenerse en cuenta el precedente jurisprudencial que sobre este tema a delimitado la Corte Constitucional; que Colpensiones en el trámite administrativo solo se limitó a indicar que no podía resolver el conflicto entre beneficiarias, y por ende, al Juez solo le competía resolver aquel conflicto dejando por fuera de discusión la norma aplicable. En síntesis, solicita que se revoque la decisión de instancia y se declare que la señora Carmen Elisa González es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada el señor Lucio Díaz.

Asimismo, refirió que no es procedente la condena en costas a cargo de la demandante, debido a que la señora Liliana Robayo también fue vencida en el proceso, y de igual manera sobre la indemnización sustitutiva no se reconoció a ninguna de las demandantes. En suma, no está de acuerdo en que se la hayan impuesto costas a su cargo y a favor de quienes fueron vinculados al proceso.

5.2. Apelación Liliana Robayo Mayuza. Presentó recurso de apelación únicamente en lo que respecta al reconocimiento pensional a favor de la menor Daniela Díaz Robayo

con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa y con aplicación del Acuerdo 049 de 1990, ello en vista de que el causante aportó más de 300 semanas con anterioridad al 1 de abril de 1994, razón por la cual debe acogerse el criterio de la Corte Constitucional al respecto; que debe tenerse en cuenta que el señor Lucio Díaz falleció de cáncer, enfermedad que es bastante agresiva lo que le imposibilitó trabajar y cotizar durante sus últimos años de vida. Así las cosas, peticiona que se de aplicación a la condición más beneficiosa y se reconozca la pensión de sobrevivientes en favor de la menor Daniela Díaz Robayo.

5.3. Apelación Colpensiones. En su recurso controvertió la condena impuesta a favor de Daniela Díaz Robayo respecto al restante 50% de la indemnización sustitutiva, ello con fundamento en que no se presentó reclamación administrativa en tal sentido y, por ende, debe revisarse en su integridad la condena impuesta y en su lugar, absolver a COLPENSIONES de tal condena, ya que además implica un detrimento patrimonial.

6. Alegatos de conclusión:

6.1 Colpensiones. Solicita se confirme la decisión de instancia en tanto que el señor Lucio Díaz Barrero no dejó causado la prestación solicitada, ya que solo contaba con 30.45 semanas en los últimos 3 años anteriores al fallecimiento; igualmente que no es beneficiario de la condición más beneficiosa dado que el fallecimiento no aconteció entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006; en cuanto a las señoras Carmen Elisa González Nogales y Liliana Robayo Mayuza no acreditaron los presupuestos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

6.2 Demandante Carmen Elisa. Peticiona que se revoque la sentencia y se conceda la prestación por acreditar los presupuestos de que trata el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

6.3 Demandantes Liliana Robayo y Daniela Díaz Robayo. Esgrime que debe revocarse parcialmente la decisión de instancia, y se conceda la pensión de sobrevivientes a favor de Daniela Díaz Robayo en calidad de hija del señor Lucio Díaz Barrera, ello en aplicación correcta de la condición más beneficiosa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- ✓ ¿El señor LUCIO DIAZ BARRERO dejó causada la pensión de sobrevivientes bajo el postulado del principio de condición más beneficiosa, en caso afirmativo, si hay lugar al reconocimiento y pago de tal prestación a favor de CARMEN ELISA GONZALEZ NOGALES en calidad de compañera permanente, y DANIELA DIAZ ROBAYO en calidad de hija?
- ✓ En caso negativo ¿Le asiste derecho a DANIELA DIAZ ROBAYO en calidad de hija, al reconocimiento y pago del restante 50% de la indemnización sustitutiva, junto con la indexación?

- ✓ Por otro lado, ¿Hay lugar al reconocimiento y pago de costas procesales a cargo de Carmen Elisa González Nogales y a favor de Colpensiones y Liliana Robayo Mayuza como representante de Daniela Díaz Robayo?

Calidad de Afiliado

No se discute que el señor **LUCIO DIAZ BARRERO** (q.e.p.d.), ostentaba el estatus de afiliado a Colpensiones, hecho que fue aceptado desde la contestación de la demanda y se corrobora con la historia laboral expedida por el fondo de pensiones, visible a folio 21 y 22.

Fallecimiento señor Lucio Díaz Barrero

Tampoco se controvierte que el señor Lucio Díaz Barrero (q.e.p.d.) falleció el 04 de mayo del 2013, como da cuenta el registro defunción que milita a folio 20.

Normatividad aplicable

La normatividad aplicable en un principio para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993 modificados por el art. 12 y 13 de la Ley 797 del 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en mayo del 2013. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Requisitos pensión de sobrevivientes Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003

El numeral 2º del art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre y cuando éste hubiera cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

En el presente caso, se probó que el señor **Lucio Díaz Barrero** falleció el **4 de mayo del 2013**, por lo que para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes para sus beneficiarios, debía acreditar 50 semanas entre el 4 de mayo del 2013 y el 4 de mayo del 2010, lo cual no ocurrió, pues solo acredita 30.45 semanas como da cuenta su historia laboral visible a folio 21.

Principio de la condición más beneficiosa

Teniendo en cuenta que no se cumplen los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, pasa la Sala a estudiar si al presente caso le es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, previsto en el art. 53 de la Constitución Política.

Respecto a este principio, es necesario recordar que tanto la Corte Constitucional en la sentencia **SU 005-2018** como la CSJ en la sentencia SL 701 del 2020, coinciden en señalar que se distingue porque: (i) opera ante el tránsito legislativo en aquellos eventos en que el legislador no consagró un régimen de transición, (ii) para su aplicación se debe cotejar una norma derogada con una vigente y (iii) el destinatario debe poseer una situación jurídica y fáctica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se les desmejora. Por lo que es claro que dicho principio no nació para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva Ley

puede modificarles el régimen pensional; sino para un grupo de personas que, si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia.

Frente al **primer presupuesto**, lo primero que se debe advertir es que el régimen de transición contenido en el art. 36 de la ley 100 de 1993, no puede ser aplicado a las pensiones de sobreviviente, toda vez que tal como lo expresara la Corte Suprema de Justicia en sentencia de vieja data, Rad 24.280 del 5 de Julio del 2005, el mismo no puede estar sometido a contingencias improbables de predecir, como es en este caso la muerte del causante. Cumpliéndose así con la primera característica.

No sobra resaltar que la pensión hace parte de aquellos derechos que no se consolidan en un solo acto sino que necesitan una serie de hechos sucesivos v.gr, el cumplimiento de la edad y la densidad de semanas cotizadas, para lograr su reconocimiento, es así como aquella persona que cumple la densidad de cotizaciones necesarias, pero no cumple la edad, ha cumplido uno de los dos hechos necesarios para acceder a ella, presentándose para dicha persona un **derecho eventual**, que no es un derecho adquirido o consolidado mientras no cumpla la edad, pero si es una situación que excede la mera expectativa y que es protegida por el legislador, de allí la génesis del régimen de transición. En la pensión de sobreviviente el derecho eventual se genera cuando se logra la densidad de cotizaciones necesarias para acceder a ella.

En relación con el **segundo presupuesto** y a efecto de determinar cuál es la norma derogada que se va cotejar, es necesario precisar que la Sala mayoritaria de esta Sala toma distancia del criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, quien para la aplicación de la condición más beneficiosa sólo permite aplicar la norma inmediatamente anterior y además incorpora para el cumplimiento de los requisitos un **límite temporal** de 3 años, comprendidos entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, fundamentado en una zona de paso entre la ley 100 y la ley 797(sentencia 4650/17 y SL 658/18), y acoge la postura de nuestra Corte Constitucional, pacífica desde el año 2010, encontrándose actualmente unificada en la sentencia **SU 005 del 2018**, pues considera que cuando es necesario regresar a la norma inmediatamente anterior, no se debe condicionar su aplicación a ningún límite temporal, ni aplicar ningún test de procedibilidad.

Adicionalmente, la postura de nuestra Corte Constitucional, permite para quienes la norma vigente es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 aplicar en virtud del principio de la condición más beneficiosa cualquier normatividad en la que se cumpla el número de semanas exigido para dejar causada la prestación, siendo posible aplicar la ley 100 de 1993 en su redacción original, el Decreto 758 de 1990 o cualquier normatividad anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, y **sin que contemple límites temporales para su conservación**, aunque si un **test de procedencia** para quienes pretendan no la aplicación del régimen inmediatamente anterior- que en este caso sería la Ley 100 de 1993 en redacción original-, sino los anteriores a este. En otras palabras, la aplicación ultractiva del Decreto 758 de 1990 o cualquier otra norma anterior, que permita determinar si el peticionante se encuentra en **condición de vulnerabilidad**, sin que ello implique efectuar una indagación histórica e ilimitada de las normas en el tiempo sino contraída únicamente a la historia de afiliación del de cujus, como lo advierte nuestra Corte Constitucional.

Requisitos pensión de sobrevivientes Ley 100 de 1993 (redacción original)

El artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, establece a los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes lo siguiente: (i) si el afiliado se encontraba cotizando al sistema debía acreditar 26 semanas al momento de la muerte y (ii) en caso de no encontrarse cotizando debía haber efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, en el presente caso no se cumplen los requisitos establecidos en esta normatividad, como quiera que para la fecha en que falleció el señor Lucio Díaz Barrero – 4 de mayo del 2013- no se encontraba cotizando, pues su última cotización la realizó para el ciclo de julio de 2012, por lo que no cotizó 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento; razón por la cual no se dejó causado el derecho para sus beneficiarios.

Requisitos pensión de sobreviviente – Acuerdo 049 de 1990-

Ahora bien, conforme a lo previsto por los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990, el afiliado deja causado el derecho a la pensión de sobrevivientes si acredita las trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al fallecimiento, mismas que deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Descendiendo al sub examine, al revisar el historial de cotizaciones, no es objeto de censura, y así se logra extraer de la historia laboral de cotizaciones que reposa a folio 21 del paginario, que el afiliado fallecido había reunido un total de 852 semanas cotizadas entre el 01 de julio de 1977 y el 31 de julio de 2012, de las cuales 713.86 semanas son inmediatamente anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 – comprendidos entre el 1 de julio de 1977 y el 1 de abril de 1994.

Conforme con lo anterior, es claro que el señor Lucio Díaz Barrero (Q.E.P.D) dejó causado la pensión de sobrevivientes.

Requisitos de la pensión de sobrevivientes compañera permanente de afiliado

Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y 5 años de convivencia en los últimos 5 años, independientemente de si el "*causante de la prestación es un afiliado o un pensionado*" (SU149-2021)

Siendo importante acotar en este punto, que si bien la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020 que había sido aplicada por esta Sala de Decisión, rectificó el criterio de exigir el requisito de convivencia a la cónyuge o compañera permanente cuando el causante correspondiere a un afiliado fallecido, en el sentido exigirles únicamente la acreditación de tal condición a la fecha del deceso, lo cierto es que en sentencia SU 149 der 2021 la Corte Constitucional dejó sin efectos tal decisión y le

ordenó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia emitir una nueva sentencia "(...) en la cual observe el precedente adoptado por la Corte Constitucional, en el sentido de que, en los términos del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado", de lo cual resulta diáfano que sobre el punto, el único criterio vigente se corresponde con la exigencia del requisito de convivencia, tratándose de pensionado, ora de afiliado fallecido.

De esta manera, torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo lazos de cariño, respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante, bien como pensionado o afiliado, velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

1) Convivencia

Este requisito constituye en punto central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Lilibian Robayo Mayuza y Carmen Elisa González Nogales, en calidad de compañeras permanentes a reclamar la pensión de sobrevivientes ante COLPENSIONES, dicha entidad mediante resolución GNR17966 del 20 de enero de 2014 (Fols. 25 a 30) le negó la prestación esgrimiendo que *"con las declaraciones extrajuicio allegadas con las respectivas solicitudes ambas aseguran haber convivido con el afiliado en calidad de compañeras la primera desde el año 2004 hasta el año 2011 y la segunda desde el año 1992 hasta su fallecimiento de forma permanente e ininterrumpida generando una controversia de convivencia simultánea el cual debe ser dirimida por la justicia ordinaria"*.

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de *"ser miembro del grupo familiar"*, para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en todos los eventos que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben *"ser miembros del grupo familiar"*, y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna

oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46.”

De forma que, en el sub examine la señora Carmen Elisa González Nogales esgrime que la convivencia inició desde el año de 1992 y se mantuvo hasta el óbito del señor Díaz Barrero (04/05/2013), para ello solo trajo como testigo a la señora Susana Rodríguez Avendaño, quien afirmó haber conocido al señor Lucio Díaz Barrero cuando trabajaron en un parqueadero, pero no dio cuenta de notas características de la convivencia, tales como visitas a su lugar de residencia, fechas especiales, o que los haya visto juntos como pareja, pues lo único que refirió es que veía que el señor Lucio Díaz entraba en la casa donde vivía Carmen Elisa González Nogales, sin mencionar fechas, simplemente se limitó a referir generalidades; además tal dicho es completamente contradictorio con la testimonial rendida por María Patricia Prieto Moya y Luz Elena Perdomo Collazos, quienes si dieron cuenta de manera espontánea que el señor Lucio Díaz Barrero convivió con la señora Liliana Robayo Mayuza desde aproximadamente el año 2005 hasta el año 2011, asimismo María Patricia Prieto dijo haber escuchado hablar de la señora Carmen Elisa González, quien era la mamá del hijo mayor de Lucio, “pero ellos estaban separados” cuando se fue a vivir con Liliana; que el señor Lucio después de la convivencia con Liliana se fue a vivir con otra señora de nombre Viviana, “pero no alcanzó a durar un año con esa señora cuando ya enfermo y murió”.

Conforme con lo anterior, al resultar espontáneos, creíbles y contestes los relatos de María Patricia Prieto Moya y Luz Elena Perdomo Collazos, dejan en entredicho la versión de Susana Rodríguez Avendaño y del mismo interrogatorio de parte absuelto por Carmen Elisa González Nogales, pues sus dichos no encuentran respaldo en ninguna otra probanza dentro del plenario, razón por la cual concluye la Sala que Carmen Elisa González Nogales no logra acreditar la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada el señor Lucio Díaz Barrero.

Esgrime el apoderado judicial de la señora Carmen Elisa González Nogales que COLPENSIONES en el trámite administrativo dio cuenta que la señora Carmen Elisa González Nogales sí es beneficiaria de la prestación reclamada, y que en el trámite judicial solo le competía al Juez determinar cuál de las dos beneficiarias le asistía derecho a la pensión de sobrevivientes, aspecto que es del todo equívoco, ya que COLPENSIONES negó la prestación al considerar que se presentaba controversia entre las dos reclamantes en tanto que ambas proclaman que convivieron con el señor Lucio Díaz Barrero hasta la fecha de su deceso, aspecto que en el proceso judicial da lugar a estudiar a quien le asiste derecho a la prestación, analizando en su integridad desde la normatividad aplicable hasta el cumplimiento de los requisitos por parte de quien reclama, requisitos que en el sub examine no se cumplen por ninguna de las dos reclamantes, ya que el elemento esencial relativo a la convivencia previo al fallecimiento no se encuentra satisfecho.

En gracia de discusión respecto de la señora Liliana Robayo Mayuza, debe decirse que desde el mismo escrito genitor alude que convivió con el señor Lucio Díaz Barrero hasta el año 2011, y así lo reafirmó en el interrogatorio de parte absuelto, razón más que suficiente para considerar que tampoco le asiste derecho a la pensión de

sobrevivientes, ya que se itera, el fallecimiento del señor Lucio Díaz Barrero aconteció el 4 de mayo de 2013.

En ese orden de ideas, al quedar descartado el derecho prestacional a favor de Carmen Elisa González Nogales y Liliana Robayo Mayuza, en vista de que mediante resolución VPB44846 del 22 de mayo de 2015 (Fols. 34 a 42) se reconoció en favor de Daniela Díaz Robayo la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en calidad de hija beneficiaria del causante, considera la Sala que debe analizarse el derecho prestacional a favor de aquella, con fundamento en que si bien la pretensión inicial lo fue el otorgamiento del restante 50% de la indemnización sustitutiva, debe colegirse que en el trámite procesal se planteó un problema jurídico general en la fijación del litigio, que se circunscribió a *"determinar en cabeza de quien se encuentra el beneficio de sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor LUCIO DIAZ BARRERO, para lo cual se analizara los requisitos establecidos en el Art. 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el Art. 47 de la Ley 100 de 1993, previamente establecer si el causante dejó o no causado el derecho pensional, de salir avante establecer la prosperidad de los intereses moratorios dispuestos en el Art. 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación correspondiente"* (Fol. 224 con audiencia virtual), lo que inequívocamente también abarca la definición del derecho a favor de la menor de edad Daniela Díaz Robayo como eventual beneficiaria de la prestación que dejó causada el señor Lucio Díaz Barrero, máxime cuando la finalidad de este tipo de prestación es evitar que personas beneficiarias del afiliado fallecido queden en desamparo o desprotección, soportando cargas materiales derivadas de la viudez u orfandad.

En ese orden, considera la Sala que la alzada propuesta por COLPENSIONES es desafortunada, pues alude a que debía elevarse reclamación administrativa incluso para reclamar el restante 50% de la indemnización sustitutiva, aspecto que considera la Sala debió plantearlo como excepción previa o haberse opuesto en la fijación del litigio, pero nada de eso se evidencia en el cartulario, lo que conlleva a que la jurisdicción se pronuncie de manera sustancial sobre el derecho que le puede asistir a la menor de edad Daniela Díaz Robayo.

De otro lado, debe señalarse que en razón a que el señor Lucio Díaz Barrero (q.e.p.d) dejó causada la prestación con aplicación del principio de la condición más beneficiosa particularmente por acreditar la densidad cotizacional de que trata el Acuerdo 049 de 1990, en línea de principio se debería estudiar el *"test de procedencia"* contenido en la sentencia SU 005 del 2018; empero, considera la Sala que en el caso particular no amerita su verificación, y así lo ha aquilatado la misma Corte Constitucional en sentencia SU543 de 2019, cuando dijo:

"Por último, como aclaración adicional, la Sala sostiene que el test de procedencia establecido en la Sentencia SU-005 de 2018, no es aplicable a los casos que involucran escenarios ajenos al que se discutía en esa oportunidad donde los accionantes, en su calidad de cónyuges o compañeros permanentes, solicitaban la pensión de sobrevivientes acudiendo a la figura de la condición más beneficiosa,

(...)

y, (iii) que el test de procedencia aludido no abordó, por razones obvias y porque no hacía parte del caso, el escenario de quien, verbigracia, siendo hijo estudiante busca con el pago de la prestación proteger, además, su derecho a la educación, la Sala concluye que es un precedente que no puede ser aplicado en estricto sentido".

Colofón de lo expuesto, dado que el presupuesto aquí analizado no lo es de un beneficiario en calidad de cónyuge o compañera permanente, sino un beneficiario menor de edad, considera la Sala que no hay lugar a la aplicación rigurosa del test de procedencia, y en gracia de discusión tales presupuestos se cumplirían a cabalidad con solo tener en cuenta que se trata de un menor de edad que ante el fallecimiento de su padre quedó desamparada, máxime cuando la prueba testimonial dio cuenta que el *de cujus* recogía a la menor de edad en el colegio donde estudiaba y veía por su bienestar, aunado a que, tal como lo sostiene la Corte Constitucional *"en el caso específico de los hijos menores de edad, se presume la dependencia económica respecto del finado mientras subsistan las condiciones de la minoría de edad, lo que se traduce en que el dejar en suspenso el estudio o negar el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de aquellos, configura un menoscabo a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social que se convierten en fundamentales tratándose de los menores de edad."* (T-1045 de 2010).

Así las cosas, sin más miramientos lo procedente es otorgar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la menor Daniela Díaz Robayo, causada tras el deceso del señor Lucio Díaz Barrero.

IBL pensión de sobrevivientes

Establece el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 que el monto mensual de la pensión de sobrevivientes será igual al 45% del IBL más el "2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación", e igualmente, "En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley".

En el caso bajo examen, una vez revisada la historia laboral de cotizaciones (Fol. 21 a 23), encuentra la Sala que el IBC lo fue en la mayoría de periodos sobre un SMLMV, y esporádicamente en algunos lapsos se supera el mínimo con diferencias que no son significativas y en todo caso su monto no daría lugar a una mesada pensional inicial superior al SMLMV, por ende, en virtud de artículo 35 *ejusdem*, se reconocerá la prestación sobre un SMLMV.

Debe precisar la Sala que en lo que respecta al monto pensional, no es posible acudir al artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, ya que si bien se aplicó el Acuerdo 049 de 1990 para efecto de la causación de la prestación, lo fue en lo tocante a la densidad de semanas con la cual le permitió, bajo la tesis de la condición más beneficiosa, hacerse al derecho prestacional, y en lo que respecta a los demás requisitos necesariamente debe estarse a lo que dispone la ley 100 de 1993, y así lo tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencia la SL2542-2021 y SL496-2018.

En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que en tratándose de menores de edad la misma se encuentra suspendida hasta tanto no llegara a su mayoría de edad, siendo que en el sub lite, la menor Daniela Díaz Robayo contaba con 6 años para la fecha del deceso de su padre (4 de mayo de 2013), por haber nacido el 30 de mayo de 2006, y para la presentación de la demanda apenas contaba con 10 años, e inclusive a la fecha acredita 15 años de edad. Lo anterior tiene sustento en la sentencia SL1983-2019.

Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$82.511.202**, correspondiente a las mesadas causadas entre 04 de mayo de 2013 y el 30 de noviembre de 2021, y a partir del 1º de diciembre de 2021 COLPENSIONES deberá cancelar a la menor Daniela Díaz Robayo una mesada pensional equivalente a \$908.526, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 13 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión, fue causada con posterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	# mesadas	Valor pensión (mínimo)	Total Retroactivo (mínimo)
2013	1,94%	8,9	\$ 589.500	\$ 5.246.550
2014	3,66%	13	\$ 616.000	\$ 8.008.000
2015	6,77%	13	\$ 644.350	\$ 8.376.550
2016	5,75%	13	\$ 689.454	\$ 8.962.902
2017	4,09%	13	\$ 737.717	\$ 9.590.321
2018	3,18%	13	\$ 781.242	\$ 10.156.146
2019	3,80%	13	\$ 828.116	\$ 10.765.508
2020	1,61%	13	\$ 877.803	\$ 11.411.439
2021		11	\$ 908.526	\$ 9.993.786
TOTAL				\$ 82.511.202

Se precisa que de conformidad con el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, tal prestación es temporal, en los siguientes términos:

"c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez".

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse 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, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN

Al respecto, valga decir que en la demanda que propone la señora Liliana Robayo Mayuza en representación de su hija Daniela Díaz Robayo, no se peticiona intereses moratorios, razón por la cual, ninguna disquisición se hará al respecto.

Siendo que no se estudian los intereses moratorios, se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar,

sostener que “*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*”, en lo que al punto concluye:

"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá COLPENSIONES cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexadas a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos.

Compensación indemnización sustitutiva

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha delineado que tal condena es procedente “*con el fin de evitar un pago que genere un detrimento económico a la entidad de seguridad social, esta podrá deducir lo que pagó al reclamante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes*” (SL5037-2020), en ese orden, se ordenará que del retroactivo causado se deduzca lo correspondiente al valor reconocido por indemnización sustitutiva mediante resolución VPB44846 del 22 de mayo de 2015 (Fols. 34 a 42), indemnización que debe devolverse debidamente indexada desde la fecha de su reconocimiento hasta cuando se vaya a efectuar la respectiva deducción sobre el retroactivo causado, ello debido a la pérdida del poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario.

Finalmente, en lo que respecta a la alzada de COLPENSIONES relativa a la incompatibilidad, con lo dicho ampliamente en precedencia se deja claro que el hecho de que la actora en el año 2015 haya recibido la indemnización sustitutiva, no le impedía que con posterioridad pretenda el reconocimiento pensional, mismo que fue negado injustamente por el ISS sin tener en consideración el principio de la condición más beneficiosa, y de igual manera, se trata de un derecho de carácter irrenunciable.

Costas

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. En lo atinente al recurso de apelación de la señora Carmen Elisa González Nogales referente a las costas que impuso el juzgador de primer grado en su contra, cumple recordar que el artículo 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y efectivamente, la parte vencida lo fueron Carmen Elisa González Nogales y Liliana Robayo Mayuza, ya que para ninguna prosperó sus pretensiones, luego, en estricto sentido las costas deben correr a cargo de estas y a favor de COLPENSIONES como única demandada y obligada eventualmente a reconocer o no la prestación incoada por las referidas reclamantes, razón por la cual, las costas impuestas a cargo de Carmen Elisa González Nogales y a favor de Liliana Robayo Mayuza, bien sea a su favor, o como representante de la menor de edad, deberán revocarse. Asimismo, no hay lugar a

imponer costas a cargo de Liliana Robayo Mayuza, pues COLPENSIONES no presentó inconformidad respecto de la no condena en costas a su favor.

En lo que respecta a las costas de primera instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la menor DANIELA DÍAZ ROBAYO, representada por su madre LILIANA ROBAYO MAYUZA, por las resueltas del proceso, deberán tasarse por el juzgado de origen.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: REVOCAR los NUMERALES PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a COLPENSIONES de la pretensión de reconocimiento pensional, para en su lugar, **DECLARAR** que la menor de edad Daniela Díaz Robayo, le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de hija del causante LUCIO DIAZ BARRERO (q.e.p.d), por cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, bajo el principio de la condición más beneficiosa, conforme las consideraciones vertidas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la menor DANIELA DÍAZ ROBAYO, representada por su madre LILIANA ROBAYO MAYUZA, la suma de **\$82.511.202**, por concepto de retroactivo pensional causado desde el 4 de mayo de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2021. A partir del 1º de diciembre de 2021, COLPENSIONES, deberá pagar a la demandante, una pensión de sobrevivientes equivalente a **\$908.526**, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de diciembre.

Parágrafo primero: La prestación reconocida es de carácter temporal de conformidad con el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Parágrafo segundo: Se autoriza a COLPENSIONES a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud.

TERCERO: ORDENAR la INDEXACIÓN de cada una de las mesadas que componen el retroactivo aquí ordenado y las que se sigan causando, indexación que debe hacerse teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que se cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior en que se efectuó su pago.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del retroactivo el valor cancelado por concepto de indemnización sustitutiva, debidamente indexado, desde la fecha en que se reconoció a la beneficiaria hasta la fecha en que se procederá a realizar la deducción sobre el retroactivo.

QUINTO: CONFIRMAR el numeral **TERCERO** de la sentencia recurrida, por las razones expuestas en la motiva.

SEXTO: DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas por sustracción de materia.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan las impuestas a cargo de Carmen Elisa González Nogales y a favor de Liliana Robayo Mayuza, confirmándose las impuestas a favor de COLPENSIONES. Respecto de las de primera instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la menor DANIELA DÍAZ ROBAYO, representada por su madre LILIANA ROBAYO MAYUZA, tásense por el Juzgado de origen.

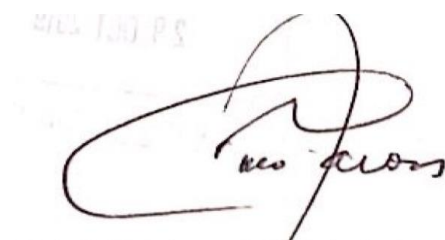
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: JUAN DE JESÚS CALA VERA Y OTROS
Demandada: MOTA ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A.
Radicado No.: 05-2017-00751-02
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN- REVOCA PARCIAL.

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Juan de Jesús Cala Vera, William Gómez Villafañe, Elvin Contreras Ovieda, Manuel Julián Villegas Morales, Julio César Serrano Pinto, Hernán Darío Gómez Sánchez, Jorge Alexander Durán Gómez, Eduard Vázquez, Harold Feria Prado, Robinson Correa Turizo, José Manuel Quintero, Wilberto Castillo Mattos, Ariel Lascarro Miranda, Jorge Alfredo Pérez Ortiz, José Napoleón Martínez Robles, Osvaldo Vargas, José Isabel Díaz Arévalo, Rubén Darío Díaz Cala, Isidoro Díaz Díaz, Obed Pérez Figueroa, Edwin Valbuena Rivera, Carlos Enrique Montesino Robles, José Francisco Mejía Aldana, Luis José Ardila, Luis Carlos Herrera Campo, Álvaro Javier Villalba Marín, Cristian Humberto Muñoz Morales, Jorge Iván Gallego Molina, José Joaquín Plata Rueda, Jhonatan Stiven Torres Gutiérrez, Iván Leonel Rueda Mora, Richard Alfonso Guerra Montesinos, Luis Alfredo Camelo Cuadros, José Omar Páez Mantilla, Marcial Enrique Moscote Patiño, Carlos Odair Peñaloza Alvear, Alexander Yepes García, César Tulio Velásquez Álvarez, Mauro Orozco Díaz, Reynaldo Carles Padilla, Rafael Eduardo Flores Dita, Erika María Melgarejo, Antonio Fernando Merlano, Edilberto Espejo Arias y Juan Camilo Monsalve Cárdenas, instauraron demanda ordinaria contra Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. Sucursal Colombia, con el propósito de que se declare que existió una relación laboral con la sucursal de la sociedad extranjera, que inició para cada uno de ellos según la fecha de su contrato de trabajo así:

TRABAJADOR	INICIO DE CONTRATO DE TRABAJO
Ariel Lascarro Miranda	08/09/2016
Álvaro Javier Villalba Marín	28/09/2016
Carlos Enrique Montesino Robles	8/09/2016
Cristian Humberto Muñoz Morales	07/12/2016
Eduard Vázquez	08/09/2016
Edwin Valbuena Rivera	18/10/2016
Elvin Contreras Ovieda	21/11/2016
Harold Feria Prado	5/12/2016

TRABAJADOR	INICIO DE CONTRATO DE TRABAJO
Hernán Darío Gómez Sánchez	10/10/2016
Isidoro Díaz Díaz	25/04/2016
Iván Leonel Rueda Mora	3/09/2016
Jhonatan Stiven Torres Gutiérrez	06/09/2016
Jorge Alexander Durán Gómez	8/09/2016
Jorge Alfredo Pérez Ortiz	1/12/2016
Jorge Iván Gallego Molina	6/09/2016
José Francisco Mejía Aldana	1/12/2016
José Isabel Díaz Arévalo	3/11/2016
José Joaquín Plata Rueda	28/09/2016
José Manuel Quintero	7/12/2016
José Napoleón Martínez Robles	8/09/2016
Juan de Jesús Cala Vera	25/04/2016
Julio César Serrano Pinto	21/11/2016
Luis Carlos Herrera Campo	1/12/2016
Luis José Ardila	11/10/2016
Manuel Julián Villegas Morales	10/10/2016
Obed Pérez Figueroa	15/11/2016
Osvaldo Vargas	1/12/2016
Robinson Correa Turizo	5/07/2016
Rubén Darío Díaz Cala	21/09/2016
Wilberto Castillo Mattos	25/04/2016
William Gómez Villafañe	9/11/2016
Richard Alfonso Guerra Montesinos	18/10/2016
Luis Alfredo Camelo Cuadros	9/11/2016
José Omar Páez Mantilla	16/01/2017
Marcial Enrique Moscote Patiño	18/10/2016
Carlos Odair Peñaloza Alvear	1/12/2016
Alexander Yepes García	21/11/2016
César Tulio Velásquez Álvarez	16/11/2016
Mauro Orozco Díaz	5/12/2016
Reynaldo Carles Padilla	1/08/2016
Rafael Eduardo Flores Dita	8/11/2016
Erika María Melgarejo	1/08/2016
Antonio Fernando Merlano	08/09/2016
Edilberto Espejo Arias	18/10/2016
Juan Camilo Monsalve Cárdenas	3/11/2016

Así mismo, solicitaron que se declare que la sucursal de la sociedad extranjera estableció en los contratos de trabajo suscritos que estos devengarán de manera quincenal la suma de dinero contenida en la cláusula cuarta de los contratos de trabajo, para cada uno de estos, así:

TRABAJADOR	INICIO DE CONTRATO DE TRABAJO
Ariel Lascarro Miranda	\$ 689.455,00
Álvaro Javier Villalba Marín	\$ 900.000,00
Carlos Enrique Montesino Robles	\$ 689.455,00
Cristian Humberto Muñoz Morales	\$ 689.455,00
Eduard Vásquez	\$ 689.455,00
Edwin Valbuena Rivera	\$ 689.455,00
Elvin Contreras Ovieda	\$ 689.455,00
Harold Feria Prado	\$ 1.300.000,00
Hernán Darío Gómez Sánchez	\$ 689.455,00
Isidoro Díaz Díaz	\$ 689.455,00
Iván Leonel Rueda Mora	\$ 689.455,00
Jhonatan Stiven Torres Gutiérrez	\$ 689.455,00
Jorge Alexander Durán Gómez	\$ 689.455,00
Jorge Alfredo Pérez Ortiz	\$ 689.455,00
Jorge Iván Gallego Molina	\$ 689.455,00
José Francisco Mejía Aldana	\$ 689.455,00
José Isabel Díaz Arévalo	\$ 689.455,00
José Joaquín Plata Rueda	\$ 689.455,00
José Manuel Quintero	\$ 689.455,00

TRABAJADOR	INICIO DE CONTRATO DE TRABAJO
José Napoleón Martínez Robles	\$ 689.455,00
Juan de Jesús Cala Vera	\$ 689.455,00
Julio César Serrano Pinto	\$ 689.455,00
Luis Carlos Herrera Campo	\$ 689.455,00
Luis José Ardila	\$ 689.455,00
Manuel Julián Villegas Morales	\$ 689.455,00
Obed Pérez Figueroa	\$ 689.455,00
Osvaldo Vargas	\$ 689.455,00
Robinson Correa Turizo	\$ 689.455,00
Rubén Darío Díaz Cala	\$ 900.000,00
Wilberto Castillo Mattos	\$ 689.455,00
William Gómez Villafañe	\$ 689.455,00
Richard Alfonso Guerra Montesinos	\$ 689.455,00
Luis Alfredo Camelo Cuadros	\$ 689.455,00
José Omar Páez Mantilla	\$ 738.000,00
Marcial Enrique Moscote Patiño	\$ 689.455,00
Carlos Odair Peñaloza Alvear	\$ 689.455,00
Alexander Yepes García	\$ 689.455,00
César Tulio Velásquez Álvarez	\$ 689.455,00
Mauro Orozco Díaz	\$ 689.455,00
Reynaldo Carles Padilla	\$ 689.455,00
Rafael Eduardo Flores Dita	\$ 689.455,00
Erika María Melgarejo	\$ 689.455,00
Antonio Fernando Merlano	\$ 1.500.000,00
Edilberto Espejo Arias	\$ 689.455,00
Juan Camilo Monsalve Cárdenas	\$ 689.455,00

De manera que debieron devengar como salario mensual, desde el inicio de la vinculación laboral una suma equivalente a dos veces la suma estipulada en su contrato de trabajo. En consecuencia, solicitaron que se dispusiera a su favor el pago de diferencias salariales, indemnización moratoria, reliquidación de aportes pensionales, primas, cesantías, sus intereses y vacaciones. De forma subsidiaria la indexación e intereses moratorios sobre las citadas sumas. En todo caso, pidieron lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señalaron en síntesis que la sucursal extranjera, fue contratada para el desarrollo del proyecto denominado LA GRAN VÍA YUMA, procediendo a contratar personal de la región a efectos de ejecutar el objeto contractual en los términos contenidos en el Contrato HAB-YUMA 2015-05 suscrito con Ecopetrol. Así, dijeron que pactaron un contrato laboral por obra o labor contratada, para ejecutar diversas labores para el citado proyecto. Indicaron, que en la cláusula cuarta de los citados contratos se señaló que devengarán una suma de dinero que dependía del nivel y cargo, el cual sería pagado de manera quincenal, es decir, que al trabajador se le pagaría una suma total de salario mensual que equivaldría a 2 veces lo pagado cada 15 días, razón por la cual debieron percibir mensualmente dichas sumas desde que inició la vinculación laboral. (Cuad.1, fols. 47 a 75).

2. Contestación de demanda. Al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, a excepción de la declaratoria de existencia de las relaciones laborales, entre otras, aduciendo que el salario mensual de cada trabajador es el que se explica a continuación:

TRABAJADOR	INICIO DE CONTRATO DE TRABAJO
Ariel Lascarro Miranda	\$ 689.455,00
Álvaro Javier Villalba Marín	\$ 900.000,00
Carlos Enrique Montesino Robles	\$ 689.455,00
Cristian Humberto Muñoz Morales	\$ 689.455,00

TRABAJADOR	INICIO DE CONTRATO DE TRABAJO
Eduard Vásquez	\$ 689.455,00
Edwin Valbuena Rivera	\$ 689.455,00
Elvin Contreras Ovieda	\$ 689.455,00
Harold Feria Prado	\$ 1.300.000,00
Hernán Darío Gómez Sánchez	\$ 689.455,00
Isidoro Díaz Díaz	\$ 689.455,00
Iván Leonel Rueda Mora	\$ 689.455,00
Jhonatan Stiven Torres Gutiérrez	\$ 689.455,00
Jorge Alexander Durán Gómez	\$ 689.455,00
Jorge Alfredo Pérez Ortiz	\$ 689.455,00
Jorge Iván Gallego Molina	\$ 689.455,00
José Francisco Mejía Aldana	\$ 689.455,00
José Isabel Díaz Arévalo	\$ 689.455,00
José Joaquín Plata Rueda	\$ 689.455,00
José Manuel Quintero	\$ 689.455,00
José Napoleón Martínez Robles	\$ 689.455,00
Juan de Jesús Cala Vera	\$ 689.455,00
Julio César Serrano Pinto	\$ 689.455,00
Luis Carlos Herrera Campo	\$ 689.455,00
Luis José Ardila	\$ 689.455,00
Manuel Julián Villegas Morales	\$ 689.455,00
Obed Pérez Figueroa	\$ 689.455,00
Osvaldo Vargas	\$ 689.455,00
Robinson Correa Turizo	\$ 689.455,00
Rubén Darío Díaz Cala	\$ 900.000,00
Wilberto Castillo Mattos	\$ 689.455,00
William Gómez Villafañe	\$ 689.455,00
Richard Alfonso Guerra Montesinos	\$ 689.455,00
Luis Alfredo Camelo Cuadros	\$ 689.455,00
José Omar Páez Mantilla	\$ 738.000,00
Marcial Enrique Moscote Patiño	\$ 689.455,00
Carlos Odair Peñaloza Alvear	\$ 689.455,00
Alexander Yepes García	\$ 689.455,00
César Tulio Velásquez Álvarez	\$ 689.455,00
Mauro Orozco Díaz	\$ 689.455,00
Reynaldo Carles Padilla	\$ 689.455,00
Rafael Eduardo Flores Dita	\$ 689.455,00
Erika María Melgarejo	\$ 689.455,00
Antonio Fernando Merlano	\$ 1.500.000,00
Edilberto Espejo Arias	\$ 689.455,00
Juan Camilo Monsalve Cárdenas	\$ 689.455,00

De tal forma, adujo que el salario mensual pactado es el que aparece relacionado en el listado, sin embargo, por un error en la cláusula cuarta de los contratos de trabajo, al momento de establecer el periodo de pago, se indicó que la suma por concepto de salario mensual se pagaba de manera quincenal. Resaltó que, durante toda la relación laboral, los actores siempre recibieron el pago mensual de los salarios, sin que hubieran manifestado inconformidad o reparo al respecto, por lo cual es *perogrullo* que conocían que el salario mensual pactado, era el arriba señalado.

En su defensa propuso como medios exceptivos las de pago, inexistencia de obligación, falta de reclamación oportuna del trabajador sobre la reducción del salario, improcedencia de la indemnización, gastos y costas del proceso y fallo ultra y extra petita. (Cuad.2, fols. 896 a 927).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de marzo del 2020, en la que el fallador absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costa al apoderado judicial de los demandantes.

Para los fines que interesan al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que debía proponerse verificar el salario devengado por los demandantes y si hay lugar al reconocimiento de las pretensiones condenatorias de la demanda. Con tal propósito, señaló que los extremos temporales de las relaciones laborales se encuentran aceptados con la contestación al libelo introductor, así como la modalidad contractual establecida, razón por la cual, centraría su atención en la redacción de los contratos de trabajo.

Conforme a ello, para establecer cuál fue el sentido de las vinculaciones laborales, citó lo dispuesto en el artículo 55 del CST, el contenido de los contratos de trabajo, específicamente la cláusula cuarta e interrogatorios de partes, señalando sobre esto último que la mayoría de los demandantes ya venían preparados para efectos de dar contestación a las preguntas que se hicieron, además, que brillaba por su ausencia prueba sobre la manifestación que hicieron los deponentes en el sentido de indicar la existencia de retaliaciones de la demandada en su contra, para impedir que reclamarán los salarios ahora pretendidos.

Sostuvo que los demandantes entendieron que el pago se realizaría de forma mensual, pues ello se desprendía del no reclamo de los trabajadores en vigencia de la relación laboral, además, refirió que *"una cosa es muy diferente la interpretación que le den al contrato de trabajo, a las cláusulas, y otra cosa es que de buena fe que entendieron al iniciar sus labores, aquí no pueden mentir descaradamente al Despacho, a decirle que entendieron que efectivamente era el pago quincenal."* Insistió que ya venían preparadas las respuestas que dieron los actores al ser interrogados, por lo que era claro que las partes entendieron que el pago era mensual.

De otro lado, indicó que la cláusula cuarta, como quedó redactada, indudablemente señaló que los pagos se harían quincenales, considerando que no ocurrió una indebida redacción en la disposición, pues aquella debía ser interpretada de forma coherente con todo el texto del contrato de trabajo, con lo cual, significó *"un desgaste de la administración de justicia absurdo, de ahí las costas al abogado; absurdo porque tratan infructuosamente de extraer una redacción que el pago es quincenal, cuando dentro de la empresa demandada y según los testimonios de la parte demandada que no fueron tachados, que son personas que laboran en recursos humanos en nómina, señalan que ninguno obrero y ayudante, que es la mayoría de las personas aquí presentes, en los escasos casos de oficiales de construcción no devengan ninguno, ni se le ofreció a ninguno el salario superior al mínimo, superior a \$900.000 o un caso \$1.200.000"* (Cuad.7, CD a fol. 3012)

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Recurso de apelación del demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación arguyendo que el A quo le da una interpretación a la cláusula cuarta en el sentido de que debía hacerse en favor del empleador, a pesar de que aquella referencia la diferencia salarial, es decir, el valor del salario y su forma de pago. Sostuvo que el artículo 1602 del Código Civil es muy claro en afirmar que el contrato es ley para las partes y *"no puede existir una voluntad tercera a la modificación al consentimiento"*, con lo cual, y dado que la interpretación debía hacerse en favor de los trabajadores, el salario era quincenal y no mensual. Refirió que los artículos 478 del CST y 151 del CPT y de la SS, les da a los trabajadores un término perentorio para exigir su pago e iniciar el proceso, por lo que una vez tuvieron conocimiento demandaron. Refirió que el cese de actividades por la unión sindical lo motivó disparidad la citada disparidad salarial, por lo que bajo el principio de favorabilidad e in dubio pro operario, la cláusula debía resolverse a favor de los trabajadores.

De otro lado, sostuvo que, sobre las costas procesales, las mismas deben ser ordenadas a la parte vencida dentro del proceso de la referencia, de conformidad con el artículo 366 del CGP, solicitando por ende su revocatoria, a más porque ha actuado en pro de favorecer a la parte trabajadora y podía interponer la demanda en Barrancabermeja o bien en Bogotá, dada la facultad legal. (Cuad.7, CD a fol. 3012)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. Alegó en su favor que de conformidad con los artículos 151 del CPT y de la SS y 488 del CST, los trabajadores tienen 3 años contados a partir desde la fecha en que se hizo exigible la obligación para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar a fin de proteger sus derechos, es decir, buscar el pago de salarios. Indicó que en los contratos de trabajo suscritos por las partes se estableció para todos los efectos, que se regirían por una serie de cláusulas específicas, entre las que se encontraba lo atinente al salario y la periodicidad del pago del mismo, estableciendo en específico la cláusula cuarta que estos devengarían una suma de dinero que dependía del nivel y cargo del trabajador, el cual sería pagado de manera quincenal, es decir, que al trabajador se le pagaría una suma total de salario mensual que equivaldría a 2 veces lo pagado de manera quincenal. Refirió que en la ejecución del vínculo laboral la accionada no efectuó el pago mensual que debieron devengar de conformidad a la citada cláusula, sino que efectuó un pago mensual a título de salario mensual que era equivalente a una quincena de trabajo.

5.2. Parte demandada. En su escrito de alegaciones señaló que es evidente la mala fe de apoderado judicial y los demandantes al promover el presente proceso ordinario laboral, fundado en un aparente error de redacción en la Cláusula Cuarta de los contratos de trabajo, en donde según la interpretación amañada de estos, el valor del salario establecido en la referida cláusula corresponde al salario que debe recibir los demandantes en forma quincenal y no mensual. Refirió que contrario a lo establecido desde el inicio de la relación laboral para las partes fue diáfano que el valor incorporado en el encabezado del contrato de trabajo y más específicamente en la Cláusula Cuarta correspondía al valor del salario mensual y el periodo de pago de este salario se realizaría en forma quincenal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- i) ¿Los demandantes debieron en vigencia de la relación laboral devengar un salario superior al reconocido y pagado por la encartada, ello en atención a la cláusula 4º del contrato de trabajo, según la cual, a título de remuneración se cancelaría quincenalmente el valor señalado en cada uno de estos?
- ii) ¿La encartada adeuda alguna acreencia salarial o prestacional a los demandantes en los términos solicitados en el escrito primigenio, como consecuencia de la desmejora salarial que aducen lo actores acometió el empleador?

- iii) ¿Se debe revocar la condena en costas en contra del apoderado judicial de la parte demandante, dado que aquellas se imponen a la parte vencida y, por tanto, debió ser en contra de los trabajadores demandantes, además, porque actuado de buena fe?

Contrato de trabajo y extremos temporales

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, modalidad contractual y cargo desarrollado por los actores. Además, debe precisarse que dichas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de demanda, sino, corroboradas con los contratos de trabajo, comunicación de terminación de estos, liquidación de prestaciones sociales y certificaciones laborales.

Salario

Sobre este aspecto y atendiendo la discusión que propone los demandantes recurrentes, cumple memorar que acorde con lo dispuesto en el artículo 27 del CST todo trabajo dependiente debe ser remunerado y, es por lo que el artículo 132, establece en su numeral 1º:

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

De lo anterior se desprende la libertad que tienen las partes de pactar el salario en sus diversas modalidades, imponiéndose como límite que lo percibido por el trabajador no sea inferior al salario mínimo legal vigente o bien al fijado entre las partes, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

Conforme a ello, cabe destacar, que, de la lectura de los contratos de trabajo allegados por cada uno de los demandantes, la Sala evidencia que las partes celebraron un vínculo laboral bajo la modalidad de la obra o labor contratada, en cuyo acápite introductorio quedó registrado como condiciones salariales mensuales, lo siguiente:

TRABAJADOR	CONDICIONES SALARIALES "SALARIO ORDINARIO DE"
Ariel Lascarro Miranda	\$ 689.455,00
Álvaro Javier Villalba Marín	\$ 900.000,00
Carlos Enrique Montesino Robles	\$ 689.455,00
Cristian Humberto Muñoz Morales	\$ 689.455,00
Eduard Vásquez	\$ 689.455,00
Edwin Valbuena Rivera	\$ 689.455,00
Elvin Contreras Ovieda	\$ 689.455,00
Harold Feria Prado	\$ 1.300.000,00
Hernán Darío Gómez Sánchez	\$ 689.455,00
Isidoro Díaz Díaz	\$ 689.455,00
Iván Leonel Rueda Mora	\$ 689.455,00
Jhonatan Stiven Torres Gutiérrez	\$ 689.455,00
Jorge Alexander Durán Gómez	\$ 689.455,00
Jorge Alfredo Pérez Ortiz	\$ 689.455,00
Jorge Iván Gallego Molina	\$ 689.455,00
José Francisco Mejía Aldana	\$ 689.455,00
José Isabel Díaz Arévalo	\$ 689.455,00
José Joaquín Plata Rueda	\$ 689.455,00

TRABAJADOR	CONDICIONES SALARIALES "SALARIO ORDINARIO DE"
José Manuel Quintero	\$ 689.455,00
José Napoleón Martínez Robles	\$ 689.455,00
Juan de Jesús Cala Vera	\$ 689.455,00
Julio César Serrano Pinto	\$ 689.455,00
Luis Carlos Herrera Campo	\$ 689.455,00
Luis José Ardila	\$ 689.455,00
Manuel Julián Villegas Morales	\$ 689.455,00
Obed Pérez Figueroa	\$ 689.455,00
Oswaldo Vargas	\$ 689.455,00
Robinson Correa Turizo	\$ 689.455,00
Rubén Darío Díaz Cala	\$ 900.000,00
Wilberto Castillo Mattos	\$ 689.455,00
William Gómez Villafañe	\$ 689.455,00
Richard Alfonso Guerra Montesinos	\$ 689.455,00
Luis Alfredo Camelo Cuadros	\$ 689.455,00
José Omar Páez Mantilla	\$ 738.000,00
Marcial Enrique Moscote Patiño	\$ 689.455,00
Carlos Odair Peñaloza Alvear	\$ 689.455,00
Alexander Yepes García	\$ 689.455,00
César Tulio Velásquez Álvarez	\$ 689.455,00
Mauro Orozco Díaz	\$ 689.455,00
Reynaldo Carles Padilla	\$ 689.455,00
Rafael Eduardo Flores Dita	\$ 689.455,00
Erika María Melgarejo	\$ 689.455,00
Antonio Fernando Merlano	\$ 1.500.000,00
Edilberto Espejo Arias	\$ 689.455,00
Juan Camilo Monsalve Cárdenas	\$ 689.455,00

Además, en la cláusula cuarta de cada uno de los contratos de trabajo quedó plasmado que “*EL EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios bajo la modalidad de Salario Ordinario Fijo Quincenal*”, las sumas atrás indicadas; es decir, que el salario pactado se pagaría cada quince días, de suerte que, a primera vista se hallaría razón en que las partes convinieron tal estipulación. No obstante, tal como lo señaló el A quo, su contenido no contribuye a los fines de los actores, en tanto que no se puede desconocer la verdadera intención de las partes al pactar la remuneración salarial, que no es otra que los valores allí indicados correspondían a una mensualidad que se paga en forma quincenal, más no a quince días de trabajo remunerado, como mal se pretende por la censura.

Nótese que, al igual como se aportaron los contratos de trabajo, se allegaron los comprobantes de pago de nómina por el empleador, mismos que si se observan con detenimiento dan cuenta que los actores percibían el salario convenido, cuya periodicidad de pago correspondía a cada quince días, es decir, recibían el salario mensual pactado, pero pagaderos en dos contados. Entonces, la intención de las partes sobre el salario pactado, lo fue que aquellas sumas se cancelaran en dos partes iguales cada quince días, aspectos que también logran corroborarse con los testimonios de Yohana Andrea Muñoz Mancipe (profesional de recursos humanos) y Juan Carlos Ariza rodríguez (coordinador de compensaciones antes analista de nómina), testigos de la parte demandada, quienes arrojan notas distintivas de un escenario totalmente opuesto a lo que pretende los actores.

Lo anterior, se explica por cuanto a que aquellos relataron de forma precisa, coherente y sin dubitaciones que el salario devengado por los actores se hizo de forma mensual, sin que de manera alguna los ayudantes de obra y civil se les reconociera más de un salario mínimo legal mensual vigente, a excepción del cargo de oficial que supera dicho

límite, sin que de manera alguna evidencian que la intención de las partes fue que el salario pactado correspondiera únicamente a 15 días de trabajo y, por tanto, se deba otra proporción.

Así las cosas, de las pruebas precedentemente reseñadas, la Sala concluye que las condiciones salariales convenidas por las partes, en las que los demandantes apoyaron sus pretensiones, no están atadas a que las sumas devengadas se pagarán únicamente por quince días laborados, ya que el pago de los salarios, como se explicó, se entiende comprendido el sueldo ordinario que se recibía mensual. Y ahí precisamente es donde es claro el error de la censura en este aspecto, en la medida que cree o supone que, por el hecho de que en la cláusula del contrato de trabajo se anotó que "*EL EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios bajo la modalidad de Salario Ordinario Fijo Quincenal*", también era su obligación cancelarle a los trabajadores otros quince días de salario, pues, a la luz de lo anteriormente explicado, tal intención corresponde únicamente a la periodicidad en el pago del salario mensual que perciben aquellos.

Ahora bien, también desacierta la censura al ligar dicha cláusula contractual, con el principio de favorabilidad, para así sostener que, como en este caso existe conflicto o duda sobre la aplicación de esta, prevalece la más favorable al trabajador. Al efecto, es pertinente poner de presente que, si bien el principio de favorabilidad se traduce que, ante diferentes interpretaciones lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso, se escogerá la que produzca los efectos más favorables al trabajador, o que conduzca a resultados exitosos en su causa, lo cierto es que no es posible concluir, como lo sugiere la censura, que exista duda en la aplicación e interpretación jurídica sobre aquella, pues no evidencia la Sala que dicha estipulación admita varias interpretaciones, cuando quiera que la intención de las partes fue únicamente la de que la periodicidad en el pago del salario mensual se hiciera en quincenas y no por quince días de trabajo remunerado, aspecto que no presenta ninguna duda, por ende, no es posible invocar el aludido principio.

De otra parte, es pertinente agregar, que el reproche de la censura, referente a que el contrato es ley para las partes y, por tanto, la cláusula contractual debe ser aplicada sin más miramientos, resulta del todo desatinado, toda vez que, en el presente caso, las partes contendientes nunca efectuaron un pacto de que las sumas allí indicadas en el contrato de trabajo, correspondiera a quince días de salario. Y en este punto llama la atención de la Sala, que, aunque es cierto, como lo dice los apelantes, que la relación laboral pactada fue producto del mutuo acuerdo en el ejercicio de la autonomía de la voluntad con cuenta las partes, sin embargo, no se puede desconocer precisamente bajo dicha circunstancia el contrato celebrado entre las partes, cuando quiera que no se presenta en esta vía judicial, prueba alguna que acredite la existencia de algún vicio en su consentimiento, o en su defecto, que sus cláusulas adolecieron de nulidad o contuvieran objeto o causa ilícita, por lo cual, siendo el contrato ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil y no encontrarse las referidas particularidades en el cuerpo de los mismos y sobre los cuales cimientan sus pretensiones, de ninguna forma pueden ser desechados; entendiéndose que aquel se ejecutó de buena fe y obliga no solo a lo que en ellos se expresa, sino también a las normas que por su naturaleza le pertenecen, según las voces del artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia, ningún reproche merece la decisión a la que arribó el sentenciador de primer grado, de ahí que a juicio de la Sala sea eficaz la forma en que se acordó el salario por la prestación del servicio de los aquí actores a favor de la encartada, en la medida que, precisamente, no se pactó que las sumas allí indicadas correspondieran a

una remuneración de quince días laborados, sino, que el salario mensual pactado sería cancelado por quincenas.

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

Costas en primera instancia a cargo del apoderado judicial de los demandantes

Por último, en lo atinente al recurso de apelación del apoderado judicial de los demandantes referente a la imposición de costas por el juzgador de primer grado en su contra, cumple recordar que, si bien es cierto que el artículo 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, no obstante, también es claro que el apoderado debe ser gravado, entre otras, en costas, cuando quiera que actúe con temeridad o mala fe, según las previsiones del artículo 81 del mismo estatuto procesal.

La citada preceptiva muestra el carácter subjetivo que envuelve el análisis de temeridad, misma que ha sido calificada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicado núm. 38216 de 13 de septiembre del 2011, citando la sentencia T-009 de 2000 de la Corte Constitucional, "*como aquella que supone una "actitud torticera", que "delata un propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa", que expresa un abuso del derecho porque "deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción", o, finalmente, constituye "un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia"*

En esas condiciones y aterrizando dicha tesitura al presente asunto, debe recordar la Sala que el A quo consideró que existió responsabilidad patrimonial del apoderado judicial de los demandantes en la causa, dado que fue manifiesta la carencia de fundamento legal en su iniciación y un desgaste a la administración de justicia, además, porque se aprovechó de los trabajadores quienes, al ostentar una baja escolaridad y carencia económica, creyeron la existencia de una disparidad en la cláusula cuarta de su contrato de trabajo, bajo una interpretación forzada del abogado, sometiendo a los demandantes de bajos recursos a viajar a la ciudad de Bogotá, aun cuando se podía presentar la demanda en Barrancabermeja.

Como se vio, en la decisión objeto, bajo dichas situaciones, estimó que era necesario sancionar al abogado de los demandantes, por haber realizado una actuación con temeridad o mala fe, abusando del derecho a litigar, empero, para este colegiado, la iniciación de la demanda con fundamento en la interpretación que el abogado le dio a la cláusula cuarta de los contratos de trabajo si bien es evidentemente desacertada, no constituye una conducta de mala fe sin razones justificadas, nótese que el simple ejercicio de la herramienta judicial tuvo algún grado de discusión, al punto que la demandada denota una indebida redacción de dicho clausulado en su defensa; sin que en manera alguna pueda calificarse una intención maliciosa, fraudulenta o dolosa del abogado por el hecho de que el Juzgador de primer grado, al igual esta Sala considere que tal disposición no admita discusión o interpretación alguna más allá del texto convencional.

De otra parte, tampoco puede colegirse como lo determinó el Juzgador primer grado, un actuar temerario por no haber impetrado la demanda en la ciudad de Barrancabermeja, pues, como es bien sabido, aquellos cuentan con un fuero de elección, de conformidad con el artículo 5 del C.P.T. y S.S., que les permitió seleccionar al Juez de esta ciudad como el competente para conocer y tramitar la litis, aspecto que de ninguna manera muestra torticero e inescrupuloso.

Conforme a ello, la Sala revocará el numeral tercero de la decisión confutada, para en su lugar absolver al apoderado judicial de los demandantes de la imposición de condena en costas en su contra.

Costas. Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado.

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 tercero de la sentencia proferida el 6 de marzo del 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver al apoderado judicial de los demandantes de la imposición de condena en costas en su contra, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MANTENER incólume en lo demás la decisión apelada.

TERCERO: SIN CONDENAS en costas en esta instancia.

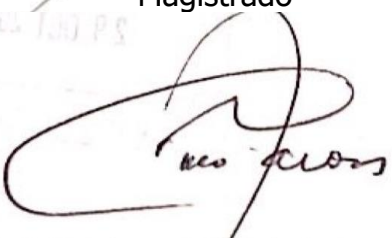
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: MARÍA DE JESÚS SANTOFIMIO CARDOZO
Demandados: EDIFICIO ARISTIZÁBAL PROPIEDAD HORIZONTAL Y OTROS.
Radicado No.: 17-2015-00716-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO – CONSULTA – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. María de Jesús Santofimio Cardozo, instauró demanda ordinaria contra Edificio Aristizábal Propiedad Horizontal y Consuelo Aristizábal Triana, María del Pilar Aristizábal Triana, William Aristizábal Triana, Otto Aristizábal Triana y José Luis Carlos Aristizábal Triana, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido y, en consecuencia, se disponga a su favor el pago de salarios insolutos desde el 12 de diciembre de 2008, auxilio de cesantía e intereses a las mismas dobladas a título de sanción, prima de servicios, sanción prevista en el artículo 99, numeral 3° de la Ley 50 de 1990, indemnización moratoria, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social, dotación y lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue contratada laboralmente por los codemandados, para prestar servicios personales de aseo y cuidado del Edificio Aristizábal Propiedad Horizontal, asignándole habitación en el tercer piso donde habita actualmente y devengando la suma de \$482.000 desde el 12 de agosto del 2008, con reajustes anuales de acuerdo con el salario mínimo legal mensual. Sostuvo que pese a que realizó dichas tareas no le han pagado salarios desde el 12 de diciembre del 2008 y prestaciones sociales desde el inicio de la relación laboral. (Expediente digital, PDF 2015-716 págs. 27 a 32).

2. Contestación de demanda

2.1. Edificio Aristizábal Propiedad Horizontal, María del Pilar Aristizábal Triana, Consuelo Aristizábal Triana, William Aristizábal Triana, Otto Aristizábal Triana y José Luis Carlos Aristizábal Triana. En respuesta a la demanda se opusieron a las pretensiones de esta, argumentando que no existió un contrato de trabajo y por el contrario lo que existió fue contrato de arrendamiento en el bien inmueble ubicado en la

carrera 111ª No. 16j – 40 de la ciudad de Bogotá. En su defensa propusieron las excepciones de ausencia de relación laboral, temeridad y prescripción. (Expediente digital, PDF 2015-716 págs. 133 a 140).

2.2. José Luis Carlos Aristizábal Triana y Otto Aristizábal Triana. En auto calendario 17 de septiembre de 2019, se les tuvo por no contestada la demanda. (Expediente digital, PDF 2015-716 págs. 144 a 146).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de mayo del 2021, en la que el fallador declaró probada de oficio la excepción falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de los hermanos Aristizábal Triana y probada la de inexistencia de relación laboral propuesta por la Propiedad Horizontal Edificio Aristizábal. De esta manera, absolvió a los codemandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la actora y gravó a esta última en costas.

Para arribar a tal determinación, se propuso verificar si la actora demuestra la prestación personal del servicio a favor de la propiedad horizontal demandada y de los hermanos Aristizábal Triana, además, la solidaridad que les pudieran corresponder a estos últimos en su calidad de personas naturales. Así las cosas, respecto de los codemandados señaló de entrada que la actora no señaló qué responsabilidad pretende atribuirles a estos, sin embargo, colige que lo que se pretende es la solidaridad en virtud de la calidad de propietarios de los señores Aristizábal con relación a las unidades privadas que al parecer conforman la propiedad horizontal.

Bajo ese norte, hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 34 del CST, así como al precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo anterior para indicar que, en caso de acoger las pretensiones de la demanda, las personas naturales demandadas no resultan responsables solidariamente, al ser la propiedad horizontal garante de las obligaciones laborales derivadas de la posible condena, por lo que debía declarar de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

En relación con la existencia del contrato de trabajo recordó lo dispuesto en los artículos 22, 23 y 24 del CST y señaló que le incumbía a la actora cumplir con la carga de demostrar el servicio personal, con lo cual, y una vez verificó el acervo probatorio, advirtió que los demandados negaron cualquier vínculo o relación con aquella, en tanto que cada uno afirma que no la contrataron, ni que el encargaron el desempeño de labores u oficios como cuidado y vigilancia del inmueble, tampoco acordaron condiciones de prestación de servicios, menos convinieron alguna forma de pago o menos la autorizaron para ocupar alguna de las viviendas del edificio.

Sostuvo que de ese medio de prueba no podría derivar confesión que apoye la versión traída por la actora y que al menos permita concluir que le fue encargado algún servicio en beneficio de la propiedad horizontal o de los hermanos Aristizábal. Así mismo, dijo que, si bien no se desconoce que la promotora del proceso hace presencia en las instalaciones del edificio, no obstante, no aparecen claras las circunstancias, para así establecer la prestación del servicio. Indicó que no obra indicio de dicha prestación a favor de la pasiva y aunque el señor Luis Carlos dice que conoció a la señora Santofimio, señalando que presenció convenio celebrado entre ella y sus hermanas María del Pilar y Consuelo, no obstante, tal situación contradice al dicho de sus cuatro hermanos, queriendo atribuir toda responsabilidad por la contratación, *“lo que de alguna manera equivaldría a un allanamiento de las pretensiones con las implicaciones y consecuencias que ello se derivaría”*.

Anotó que, pese a lo anterior, tal conducta ninguna incidencia tiene dentro del proceso, en tanto que no podía establecer cuál fue la razón para que fueran llamados al proceso

los hermanos Aristizábal, además, porque el señor Luis Carlos negó de plano alguna relación afectiva, contradiciendo los argumentos de defensa de alguno de sus hermanos. Expuso que obraba una querrela elevada por el citado señor ante la Secretaría General de Inspecciones de Policía Localidad de Fontibón, documento que daba cuenta de quien llevó a vivir a la señora Santofimio al edificio y acordó con ella unos servicios, dejando en duda su propio dicho. (Carpeta VIDEO AUD. 18-05-2021, audio AUD. ORD. 11001310501720150071600 SENTENCIA_20210518_212412)

4. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

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

- (i) ¿El Edificio Aristizábal Propiedad Horizontal y Consuelo Aristizábal Triana, María del Pilar Aristizábal Triana, William Aristizábal Triana, Otto Aristizábal Triana y José Luis Carlos Aristizábal Triana, fungieron como empleadores de la aquí actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- (ii) De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales, salario y si tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales expuestas en el libelo primigenio.

Relación laboral

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

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de

lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, para efectos de evaluar si la aquí actora acreditó que prestó sus servicios en favor del Edificio Aristizábal Propiedad Horizontal y Consuelo Aristizábal Triana, María del Pilar Aristizábal Triana, William Aristizábal Triana, Otto Aristizábal Triana y José Luis Carlos Aristizábal Triana, encuentra la Sala que únicamente se allegó al informativo dos declaraciones extrajuicio rendidas por los señores Luz Amparo Barrios Conde, Magda Barrios Conde y Fernando Eusebio Herrera Aroca ante notario el 4 de enero y 6 de febrero del 2013, quienes señalaron al unísono que la demandante trabaja en el Edificio Aristizábal, realizando labores de aseo del edificio, donde allí mismo le dieron una habitación en el tercer piso, para habitar con sus menores hijas. Declaraciones que tienen la calidad de testimonio, cuya valoración no necesita ratificación dado que la pasiva no lo requirió en el proceso.

De las declaraciones extrajuicio vertidas al proceso, de entrada, se advierte que las afirmaciones efectuadas no ofrecen credibilidad alguna para la Sala, en tanto que no dan cuenta la prestación efectiva del servicio de María de Jesús Santofimio Cardozo a favor de la propiedad horizontal demandada, menos aún con los demás demandados, toda vez que, si bien aludieron fehacientemente que la demandante laboraba dentro del Edificio Aristizábal, no obstante, ello se hace de forma abstracta y no determinan sus extremos, tampoco se menciona cómo se obtuvo ese conocimiento, ni mucho menos porque les consta tal acontecimiento. En otras palabras, no explican las circunstancias o los contextos del tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que afirman conocer, acompañada de las explicaciones atinentes de cómo se obtuvo el conocimiento de estos, exponiendo situaciones y eventos particulares y, concretos sobre la labor que ejerció la demandante a favor de la propiedad horizontal demandada, que permitan a la Sala tener certeza sobre la verdadera prestación de sus servicios personales, así como el tiempo en que perduró.

En esa medida, comparte la Sala las conclusiones a las que llegó la juez de primer grado, cuando descarta tales declaraciones extrajuicio, iterando, que no aportan detalles de tiempo, modo y lugar de la forma en que se ejecutó la relación contractual que aducen conocer, menos con la contundencia requerida que de la actividad personal desplegada por el actor también se hubieran beneficiado las personas naturales codemandadas.

Ahora, debe la Sala acotar que en torno al interrogatorio de parte del señor José Luis Carlos Aristizábal Triana, obviamente, no puede desprenderse confesión, pues en ningún momento puede la Sala extraer de dicha actuación procesal una confesión pura y simple de que la actora hubiese laborado para los demás codemandados en la forma como se dice. Lo anterior, por cuanto si bien aquel sostuvo en su declaración que conoció a la

actora en el Edificio Adriana de la ciudad de Ibagué, trabajando como aseo en el año 2008 y posteriormente en el Edificio Aristizábal de la ciudad de Bogotá, haciendo las veces de cuidadora de este, cuya contratación se dio por sus hermanas María del Pilar y Consuelo Aristizábal Triana, lo cierto es que de dicha afirmación no es posible derivar alguna consecuencia jurídica que resulte desfavorable para él o que sea a favor de la demandante y por lo mismo, no se puede predicar que realizó una confesión. A más porque tampoco podría tenerse como tal, ya que no es permitido en los términos del artículo 192 del CGP, debiéndose tomar como un testimonio de tercero, respecto de la cual se avizora desde ya un denotado interés inclinado a beneficiar la causa de la demandante, cuando quiera que sus afirmaciones resultan evidentemente contrarias a la realidad que refleja.

Ello a partir del esfuerzo que hace para emerger la existencia de un contrato de trabajo entre María de Jesús Santofimio Cardozo y sus hermanas María del Pilar y Consuelo Aristizábal Triana, refiriendo que estuvo presente a la hora de ser vinculada laboralmente, cuando a juicio de la Sala de su propio dicho se imposibilita que conociera en detalle tales supuestos, al aducir *"fue un contrato verbal, hablado, lo que yo supe pues lo que comentó la señora, porque yo me baje, yo me fui hacer otras soluciones, yo no supe más. Llegué a Bogotá y está la señora María de Jesús Santofimio ya estaba en el edificio cuando llegué y me dijo yo vivía en el 201, ella apareció viviendo en el 301, me dijeron me contrataron"*; signo indicativo de que fue un testigo de oídas o como lo señala la jurisprudencia, indirecto o por referencia, en tanto que al tenor de su dicho conoció de los hechos por la transmisión que le hizo la propia actora.

Por consiguiente, es claro que se debe descartar el dicho del interrogado, además, porque denota que con posterioridad observó la permanencia de la actora en el Edificio Aristizábal, luego esa circunstancia impide que conociera en detalle la razón que justificaba la presencia de la demandante en ese lugar o por lo menos, si la veía prestando un servicio que conociera en qué condiciones o bajo que nexo contractual lo hacía.

A lo anterior, se debe agregar que su dicho pierde credibilidad cuando aquel acudió a la Secretaría General de Inspecciones Policía Localidad de Fontibón el 19 de noviembre del 2015, cuyo fin fue la de iniciar en contra de la gestora del litigio acción policiva de amparo al domicilio, dejando en tal actuación por sentado que le permitió habitar a la señora María de Jesús Santofimio Cardozo en el Edificio Aristizábal y en retribución *"me dijo que me iba a colaborar atenderme la comida y lavado de ropa, cosa que lo hizo por una vez y después se volvió agresiva y me trata mal"*. Lo que hace que de plano se descarte aún más su declaración.

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

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

Por manera que, no existiendo medio de persuasión más que el propio dicho de la parte demandante, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie

puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella, no le queda otro camino a esta Sala que confirmar la sentencia de primer grado.

Costas

En este grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas a cargo de la demandante. Las de primera instancia se confirman, por haber sido vencida en juicio.

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

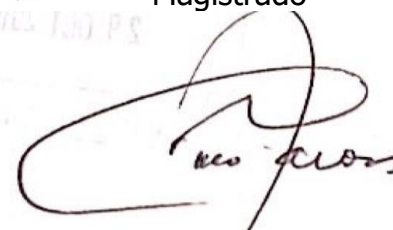
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de septiembre del 2020, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en el grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **EDUARDO ZULETA DIAZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y OTRO**
RADICACIÓN: **110013105-039-2016-00595-01**
ASUNTO: **CONSULTA**
TEMA: **RECONOCIMIENTO PENSIONAL- REGIMEN DE TRANSICIÓN**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 a la Dra. LILIAN PATRICIA GARCÍA GONZÁLEZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor EDUARDO ZULETA DIAZ a través de mandatario judicial instauró demanda laboral contra COLPENSIONES e INDUSTRIAS POWER ELECTRIC S.A.- VOLMO, con el fin que se ordene a cargo de COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, el retroactivo y los intereses moratorios, y a cargo de VOLMO el pago de las 152 semanas adeudadas con destino a COLPENSIONES, lo ultra y extra petita, los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 22 de agosto de 1950; que mediante resolución GNR310722 del 20 de noviembre de 2013, COLPENSIONES le negó la pensión de vejez, con base en que no cumplió las semanas requeridas; que interpuso recurso de apelación y fue desatado a través de resolución GNR87025 del 14 de marzo de 2014, confirmando la negativa pensional; que reúne los requisitos de la ley de transición al contar con 43 años de edad al 01 de abril de 1994; que laboró para VOLMO desde el 13 de agosto de 1969, pero no le aparecen reflejadas las cotizaciones del 13 de agosto de 1969 al 12 de marzo de 1972, correspondiente a 132 semanas; que reúne un total de 1.084 semanas en toda su vida laboral. (Fols. 2 a11)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 68); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación:

3.1 COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que, si bien es beneficiario del régimen de transición, no es menos cierto que no cumple con el requisito de semanas cotizadas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, además que no es ajustado a derecho reconocer un periodo de tiempo que nunca fue cotizado y que no se encuentra probado que haya laborado para la empresa a que alude prestó sus servicios. Como excepciones de mérito rotuló las de cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, y buena fe (Fols. 74 a 76 y 129).

3.2 INDUSTRIAS POWER ELECTRIC S.A. (VOLMO).: Inicialmente se había vinculado al proceso como demandada; no obstante, se desistió de la demanda en contra de tal entidad, desistimiento que fue aceptado por el Juzgado de origen a través de proveído del 04 de diciembre de 2018 (Fol. 127 a 128).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 07 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juzgado negó las pretensiones de la demanda en su totalidad, declarando probada las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, y falta de causa para pedir, gravando en costas a la parte demandante (fls. 213 a 215 con Cd de Audiencia).

Como argumento de su decisión, expresó que el actor pretende que se cargue en su historia laboral el periodo correspondiente desde el 13 de agosto de 1969 hasta el 12 de marzo de 1972, ante lo cual, de conformidad con la sentencia SL3112-2019 y SL3692-2020, le compete al actor por lo menos demostrar probatoriamente la prestación del servicio, ya que no se pueden ir cargando semanas sin elementos que permitan constatar la prestación del servicio en ese interregno de tiempo.

De igual manera adujo que la tarjeta de afiliación no necesariamente conlleva a que se deba tener por cierto la prestación del servicio de manera ininterrumpida por el lapso de tiempo que requiere sean cargadas en la historia laboral; asimismo, que previo a la interposición de la demanda COLPENSIONES le requirió para que allegue copia del contrato de trabajo o elementos probatorios que den cuenta de la relación laboral para esa época, pero el demandante no lo hizo, incluso tampoco aportó pruebas en ese sentido en el proceso judicial, máxime que desistió de la demanda en contra de la entidad que eventualmente podría llegar a responder por esos periodos.

Que COLPENSIONES demostró que algunos periodos que aparecen en la historia laboral en el año de 1969 fueron producto de un error del empleador, ya que se reflejan en la historia laboral del demandante, pero corresponden a otros afiliados, de allí que era indispensable que el actor armará pruebas tendientes a acreditar que esos lapsos fueron producto de una relación laboral.

Que no puede asimilarse tales periodos a mora patronal, ya que incluso la Corte Suprema de Justicia ha establecido que no puede bajo aparente mora patronal cargarse semanas sin tener evidencia del vínculo laboral.

Ello así, ante la falta de material probatorio que permita tener certeza de la prestación del servicio en los periodos que pretende sean cargados en la historia laboral, impartió absolución a COLPENSIONES de las suplicas tendientes al reconocimiento pensional.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión no fue recurrida por las partes procesales, por lo que se envió al Tribunal para su revisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante por haber sido adversa la decisión a sus intereses.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante. Solicita que se revoque la sentencia de primer grado y se acceda a las pretensiones de la demanda, en la que se tenga en cuenta el periodo omitido en la historia laboral, ya que el afiliado no puede correr con las consecuencias negativas de la falta de cobro de los aportes por parte de COLPENSIONES.

6.2 Colpensiones. Peticiona que se confirme la decisión absolutoria, dado que el actor no acredita los requisitos dispuestos para el reconocimiento pensional, en particular las semanas cotizadas.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿El demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993?, en caso afirmativo, (ii) ¿Hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990?

PENSION ACUERDO 049 DE 1990- REGIMEN DE TRANSICIÓN.

Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que el demandante nació el 22 de agosto de 1950 (fol. 12); (ii) Que el 12 de diciembre de 2013 solicitó la pensión de vejez, pero le fue negada a través de resolución GNR87025 del 14 de marzo de 2014, con fundamento en que *"no logra acreditar los requisitos mínimos de edad y/o semanas cotizadas"* (Fols. 24 a 26); que mediante resolución GNR38054 del 18 de febrero de 2015 le fue reconocida la indemnización sustitutiva por valor de \$16.608.941 (Fols. 18 a 22); que conforme la historia laboral de cotizaciones reporta 968.43 semanas entre el 13 de marzo de 1972 hasta el 30 de junio de 2017 (Fol. 144 a 146). Así las cosas, el punto neural del debate se centra en determinar si hay lugar a cargar en la historia laboral de cotizaciones el periodo del 13 de agosto de 1969 al 12 de marzo de 1972, y en caso positivo, si le asiste derecho al actor al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, a la luz del régimen de transición y con aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1º

de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicios cotizados, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliado en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la mesada pensional, con el objetivo de mantener la supervivencia de normas especiales y preexistentes a la Ley creadora del Sistema de Seguridad Social Integral.

Ahora, colige la Sala que el demandante es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues acredita 807.87 semanas al 01 de abril de 1994, al igual que 43 años de edad para el 1 de abril de 1994, y por lo tanto, es beneficiario del régimen de transición; igualmente, importa precisar que también cumple con la exigencia de las 750 semanas requeridas por el Acto Legislativo 01 de 2005 para conservar el régimen transicional hasta el año de 2014, pues como se dijo, ya para el 01 de abril de 1994 rebasaba con suficiencia las 750 semanas cotizadas.

Normatividad aplicable- Acuerdo 049 de 1990- Decreto 758 de 1990

Bajo los anteriores parámetros, para la Sala fuerza concluir que la normatividad que le es aplicable al demandante es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aspecto que no representa mayor discusión en esta instancia, en razón a que fue trabajador del sector particular, venía cotizando al ISS, antes de 1994; es por ello que nos debemos remitir a los requisitos para acceder a la pensión instada sobre edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional establecidos en los arts. 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año.

Así entonces, el actor arribó a los 60 años de edad el 22 de agosto de 2010, fecha para la cual contaba con 955.29 semanas, de las cuales 242.7 fueron cotizadas en los últimos veinte años anteriores a la edad mínima, esto es, entre el 22 de agosto de 2010 y el 22 de agosto de 1990, con lo cual, no acredita la densidad mínima de semanas para causar el derecho a la pensión de vejez, siendo sustancial el periodo que peticona sea cargado en su historia laboral correspondiente al 13 de agosto de 1969 hasta el 12 de marzo de 1972, el cual se entra a analizar en seguida.

Mora patronal- acreditación de la prestación del servicio.

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que: *"Los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado" y "en el caso del trabajador dependiente afiliado al (...), la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, y por virtud de la prestación efectiva del servicio (...)"* (sentencia SL18108 de 2017).

Igualmente, en sentencia SL3845-2021, tiene dicho la Corte al respecto que:

"Si bien esta Sala, ha sostenido en forma pacífica, que las administradoras de pensiones son las responsables por los aportes de los empleadores que se encuentren en mora y frente a quienes no hayan efectuado las gestiones y acciones de cobro respectivo, a las que están obligadas, omisión que no puede trasladarse al asegurado, ello ha sido bajo la certeza de la existencia de vínculo contractual con el trabajador y la efectiva prestación del servicio por parte de este, que es lo que da lugar al pago de aportes, situación fáctica de la que

aquí no se tiene certeza, ni puede derivarse con meridiana claridad de dicho medio probatorio”.

En la misma línea de pensamiento, la Corte Constitucional en sentencia SU182 de 2019, ha decantado que en eventos en los cuales se acuda a la corrección de la historia laboral de periodos que datan de antes de 1994, o donde el empleador ya se ha liquidado y no sea posible obtener la documental que lleve a la certeza del tiempo laborado, debe acudirse a cualquier medio probatorio supletorio con el fin de no hacer nugatorios los derechos de quien pretende el reconocimiento de tiempo de servicios para acceder a las prestaciones económicas del sistema.

En tal oportunidad la Corte Constitucional estableció:

De acuerdo con el marco legal, no hay una única prueba solemne ni exclusiva para demostrar los tiempos trabajados. Desde el siglo pasado, el ordenamiento jurídico previó que la documentación física podía perderse; por lo que resultaba irrazonable exigir el certificado documental como el único medio de prueba válido. En el sector público, por ejemplo, la Ley 50 de 1886, “que fija reglas generales sobre concesión de pensiones y jubilaciones” estableció que en aras de obtener un reconocimiento pensional del “tesoro nacional”, la prueba escrita era la idónea. Sin embargo, aceptó que cuando la misma no fuese posible de recuperar, se podría acudir a otros medios supletivos de prueba, como la testimonial. Tratándose del sector privado, el artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo trae una consideración similar, al permitir la prueba supletoria, cuando no se pueda obtener la certificación del tiempo laborado.

165. Con fundamento en estas normas, la Corte ha defendido el principio de libertad probatoria que rige las relaciones laborales. Y aunque se presume la buena fe de los afiliados, también ha sostenido que “el reconocimiento de la prestación periódica exige cierto nivel de certeza de los supuestos fácticos que se pretenden reconstruir y acreditar”.

De conformidad con lo expuesto y descendiendo al caso en concreto, debe decirse que respecto al periodo del 13 de agosto de 1969 al 12 de marzo de 1972, presuntamente laborado en Industrias Power Electric S.A. – VOLMO, no allega ninguna prueba el actor que permita tener certeza de la prestación del servicio en ese lapso de tiempo, a pesar de que incluso COLPENSIONES en el trámite administrativo el 14 de febrero de 2014 le requirió para que *“nos suministre documentos probatorios (certificación laboral autenticada, tarjetas de reseña, tarjetas de comprobación de derechos, entre otros), y/o soportes de afiliación (número de afiliación, entre otros) donde se evidencie su vínculo laboral con dicho empleador en los periodos que considere faltantes, para proceder a la corrección a que haya lugar”* (Fol. 41).

Ahora, a folio 35 obra tarjeta de identificación con numero de afiliación 886958, en la que se observa como fecha de inscripción el 13 de agosto de 1969; no obstante, tal documental por sí sola no puede servir de base para establecer que a partir de esa fecha se efectuaron cotizaciones de manera ininterrumpida hasta el 12 de marzo de 1972, es decir, tal documental debía acompañarse con otros medios suasorios que generen certeza de la prestación del servicio o de la relación laboral, deviniendo en insuficiente tal documental.

Por otra parte, ningún medio supletivo de que trata la Corte Constitucional se allegó al diligenciamiento, esto es, desprendibles de nómina, contrato de trabajo o testimonios de compañeros de trabajo que den cuenta de la prestación de servicios en el lapso solicitado que sea cargado en la historia laboral.

Igualmente, si bien es cierto en la historia laboral tipo CAN (Fol. 206) se relacionan unos periodos del año 1969 hasta 1970, COLPENSIONES fue explícito en afirmar que se tratan de "novedades no correlacionadas", es decir, que se trata de una novedad que por error se le asignó periodos al actor, pero que corresponden a otros afiliados, y por ello, le competía al demandante en procura de reafirmar que esos periodos debían ser cargados en su historia laboral, allegar cualquier medio probatorio que permita al juzgador tener certeza de que esos periodos no cargados en la historia laboral fueron como corolario del despliegue de su fuerza laboral, pero se itera, hay total orfandad probatoria del actor tendiente a sacar adelante sus pretensiones.

Es claro que en el *sub judice* no nos encontramos frente al típico caso de mora patronal para aplicar las consecuencias que de ella deviene, tal como está Judicatura lo ha ponderado en otros casos, ello, porque en las historias laborales ni siquiera se reporta que dicho empleador hubiere estado incurso en mora, sino que simplemente se trató de una "novedad no correlacionada" o error, en la que el actor ni se inmutó en procura de desvirtuar tal novedad.

Adicionalmente, en la misma sentencia de unificación en cita, la Corte Constitucional se refirió a los errores en que incurren las entidades de la seguridad, precisando que *"el ordenamiento jurídico sanciona a quién se aprovecha de estos escenarios."*, en razón a que *"El cumplimiento de las normas es un presupuesto básico del Estado social y democrático de derecho. Actuar con rectitud y honestidad es una exigencia que se deriva del principio general de la buena fe y que permite crear un ambiente de confianza mutuo, imprescindible para el buen funcionamiento del sistema pensional. El orden constitucional no protege la posición de quien pretende aprovecharse del error o infortunio ajeno para obtener un beneficio particular."*

Lo anterior para decir que el demandante pretende sean cargadas unas semanas sin ni siquiera demostrar la prestación de servicios y solo con la tarjeta de afiliación, sin ni siquiera controvertir la "novedad no correlacionada" o error en las cotizaciones que fueron relacionadas en la historia laboral del actor, pero que en si correspondían a otros afiliados.

Bajo ese horizonte, sin que haya más consideraciones que verter, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia, conforme lo atrás dicho.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por cuanto la decisión se revisó en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 07 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

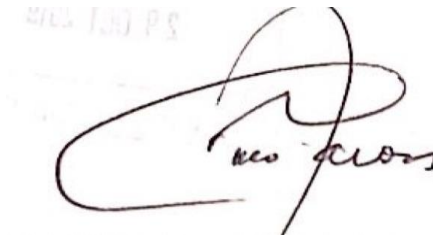
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: **HUGO ANCIZAR IBARRA MEDINA**
DEMANDADO: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA**
RADICACIÓN: **110013105-011-2018-00064-01**
ASUNTO: **APELACIÓN**
TEMA: **INDEXACIÓN PRIMERA MESADA PENSIONAL.**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. El señor HUGO ANCIZAR IBARRA MEDINA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacional de Colombia, a reconocer y pagar a su favor la reliquidación o indexación de la primera mesada pensional de la pensión de jubilación, con los respectivos reajustes anuales pertinentes; el retroactivo pensional por las diferencias pensionales, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el señor Evangelista Ibarra Pichina laboró para la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia del 4 de abril de 1948 al 30 de junio de 1971; que mediante resolución No 82.519 del 08 de marzo de 1977 le fue reconocida la pensión de jubilación al señor Evangelista Ibarra Pichina, donde se estableció que el salario promedio corresponde a \$1.560; que Ferrocarriles Nacionales de Colombia no indexó el promedio base de liquidación \$1.560, llevándolo a la fecha de reconocimiento pensional, esto es, 23 de septiembre de 1976; que el monto de la mesada pensional debía serlo de \$3.303,49 y no de \$1.560; que el señor Evangelista Ibarra Pichina falleció el 14 de marzo de 2008, por lo que le fue reconocida la sustitución pensional a favor de Hugo Ancisar Ibarra Medina, en su condición de hijo inválido, efectiva a partir del 15 de marzo de 2008, en cuantía de \$805.286; que mediante oficio GPE-20133100202951 del 23 de octubre de 2013 le fue negada el reconocimiento de la indexación y reliquidación pensional (Fols. 3 a 14 archivo No 1 Exp. Digital).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 56 y 57 Archivo No 1 Exp. Digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

El Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que la entidad reconoció una pensión de jubilación en los términos del artículo 4 de la Ley 53 de 1945, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales, y ha venido reconociendo los reajustes legales ordenados por el Gobierno Nacional, con lo cual no hay lugar a la pérdida del poder adquisitivo del pensionado. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, buena fe, falta de título o causa para demandar, buena fe y confianza legítima, y la genérica (Fols. 36 y 43 Archivo No 1 Exp. Digital).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de octubre de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró que el monto de la pensión de Evangelista Ibarra Pichincha, hoy fallecido, ascendía para el año de 1976 a la suma de \$2.808.22; absolvió al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia de las demás pretensiones, y gravó en costas procesales al demandante (Fols. 1 a 8 Archivo No 14 Exp. Digital, con audiencia virtual).

Su decisión se basó en que ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la CSJ lo relativo a la indexación de la primera mesada pensional, la cual opera para todos los pensionados sin importar su vigencia, ello de conformidad con los postulados de la Constitución Nacional, para ello extractó lo discurrido en la sentencia SL3949 de 2017; encontró que la entidad demandada reconoció la pensión de jubilación mediante resolución No 0089 de 1977, en la que estableció como mesada pensional la suma de \$ 1.560, correspondiente al 80%, efectiva a partir del 24 de septiembre de 1976; posteriormente, tras el fallecimiento del señor Evangelista Ibarra Pichincha, le fue reconocida la sustitución pensional a Hugo Ancisar Ibarra Medina, en calidad de hijo invalido a través de resolución No 2212 del 28 de septiembre de 2010, efectiva a partir del 15 de marzo de 2008.

Ello así, procedió a realizar el cálculo de la primera mesada pensional teniendo en cuenta la fórmula establecida en las sentencias SL3949 de 2017, precisando que debe actualizarse el salario base de liquidación (\$1.560) desde 1971 hasta el año 1976, teniendo en cuenta el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior, esto es diciembre de 1970 (0.17287) y el de diciembre de 1975 (0.41492), el que le arrojó un ingreso base de liquidación de \$3.744.29, al que se le aplica el 80%, dando como resultado una mesada inicial de \$2.808.22, cuya diferencia es considerable con la que reconoció la entidad para esa fecha de \$1.560, valor que genera una diferencia pensional; no obstante, al actualizar los valores año a año, se encontró que para el año 2008 la mesada pensional que venía reconociendo el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles es superior a la que liquidó el Despacho, incluso para el año 2020 la mesada del Despacho es inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

De igual manera, para efectos de establecer si le asiste derecho a alguna diferencia pensional con anterioridad al 2008, procedió al estudio de la excepción de prescripción, la cual la declaró operó respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 26 de abril de 2010, fecha para la cual el monto pensional calculado por el Despacho es inferior a la que viene reconociendo la entidad

demandada, aspecto que dan lugar a absolver a la entidad encartada en tanto que no se genera retroactivo por diferencias pensionales a su favor.

Finalmente, condenó en costas al demandante.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por el apoderado judicial de la parte demandante, quien manifestó que el a quo tomó unos IPC diferentes a los que ordena la sentencia T 098 para estos casos, lo que lógicamente da unos valores diferentes y más bajos; que la a quo hace el reajuste año a año de la mesada pensional pero no tuvo en cuenta que hay unos decretos como el 2108 que aplican incrementos adicionales; que no está ajustada la pensión como ordena la ley; que la a quo le dio una aplicación que no corresponde a la indexación de la mesada pensional; que la mesada pensional inicial debe ser por valor de \$4.129,37, con un IBL de \$3.309,49.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal no se allegaron alegatos de segunda instancia.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Acertó la cognoscente de instancia en indexar la primera mesada pensional del causante, otorgada al demandante?, en caso positivo ii) ¿Procede el pago de diferencias de mesadas pensionales?

INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL.

No es objeto de discusión que el señor Evangelista Ibarra Pichincha laboró al servicio de los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia durante el periodo comprendido entre el 04 de abril de 1948 hasta el 30 de junio de 1971, es decir, 8.325 días, equivalente a 23 años, 1 meses y 15 días (Fol. 15 Archivo No 1 Exp. Digital); que mediante Resolución No 089 del 24 de enero de 1977 le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación en valor de \$1.560, efectiva a partir del 24 de septiembre de 1976 (Fols. 15 a 22 Archivo No 01 Expe. Digital); que mediante Resolución No 02212 del 28 de septiembre de 2010, se reconoció la sustitución pensional a favor de Hugo Ancisar Ibarra Medina a partir del 15 de marzo de 2008, en calidad de hijo inválido, en la suma de \$560.586 (Fols. 16 a 18 Archivo No 01 Exp. Digital); que el 26 de abril de 2013 solicitó la indexación de la primera mesada pensional (Fols. 153 a 154 Archivo No 002 Exp. Digital); finalmente, que mediante oficio del 13 de junio de 2015 la entidad demandada archivó el trámite de solicitud de indexación por no allegar el formato de solicitud de indexación petitionado por la entidad demandada (Fols. 157, y 161 a 162 Archivo No 002 Exp. Digital).

Puestas así las cosas, esta Sala de Decisión se aviene al criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en derredor a casos de similares contornos facticos y jurídicos en la que se plantea todo lo pregonado a la indexación de la primera mesada pensional.

Es así que, para mejor brevedad se colaciona la sentencia SL1222 de 2021, en la que reitera lo expuesto en la SL736-2013, providencias en las que de manera general se trasluce la prosperidad de la indexación de la primera mesada pensional.

En lo atinente y que interesa a la Litis, se adoctrina:

"Pues bien, respecto de la figura de la indexación, la jurisprudencia de esta Corporación ha adoctrinado (CSJ SL736-2013) que: (i) la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento, y (iii) la indexación constituye una especie de «derecho universal que procede para todo tipo de pensiones, reconocidas en cualquier tiempo», de modo que cualquier diferencia al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad. En consecuencia, tanto las pensiones legales, como las extralegales son susceptibles de esta corrección monetaria".

Esto quiere decir que resulta irrelevante si la prestación fue causada con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 o si tiene origen en la ley, pacto, convención, laudo, conciliación o acto unilateral del empleador, pues lo cierto es que la actualización de la base salarial de las pensiones constituye un derecho universal de todos los pensionados y, en esa medida, su carácter no es excepcional, sino general.

Ahora, frente a la actualización del ingreso base para liquidar la prestación, en casos como el aquí estudiado en que transcurre un tiempo entre el retiro y el disfrute de la prestación, la providencia atrás aludida propala de manera histórica las decisiones que han tocado ese tema, empezando desde la de radicado No 46832 del 2012 hasta la SL649-2020, para adoctrinar que: *"procede la actualización del ingreso base que sirve para liquidar la pensión solicitada, siempre que transcurra un tiempo entre el retiro del servicio y el disfrute de la pensión".*

Frente a la formula y el IPC utilizado, la Sala de Casación Laboral (SL649-2020) en casos de similares contornos ha delineado:

"Ahora, esta Corporación ha determinado que la fórmula para indexar la primera mesada pensional corresponde al valor del salario multiplicado por el cociente resultante entre el IPC final –estructuración del derecho- y el IPC inicial –data del último salario o desvinculación- y que esos índices económicos corresponden a los de 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Este criterio ha sido planteado en sentencias CSJ SL4629-2016, 5509-2016, CSL13688-2016, entre otras".

Así las cosas, al descender al caso concreto, se tiene que la relación laboral del causante finalizó el 30 de junio de 1971 y la pensión plena de jubilación se le reconoció a partir del 24 de septiembre de 1976, razón por la cual, al reemplazar la fórmula matemática se tendría que tomar el IPC inicial el del 31 de diciembre de 1970 (**0.12**) y el IPC final el del 31 de diciembre de 1975 (**0.29**), para sustituir ambos valores que, luego de dividirse, daría como resultado **2.41** y, al multiplicar este por el salario promedio (**\$1.560**), el salario base para liquidar la pensión sería

\$ **3.769.99** para el año 1976, valor superior por una ínfima diferencia de \$25.70 del valor calculado por la a quo, por lo que al ser punto de apelación se tendrá en cuenta el encontrado en esta instancia, esto es, **\$ 3.769.99**.

Sobre el anterior valor se aplicará una tasa de reemplazo del 80 % punto que no es objeto de discusión, arrojando como primera mesada pensional el valor de **\$3.015,99** a partir del 24 de septiembre de 1976.

En este aspecto debe precisar la Sala dos aspectos, el primero consistente en que la a quo tomó como base de liquidación el valor de \$3.744.29 para el año de 1976, y al aplicarle el 80% le dio como primera mesada pensional el valor de \$2.808,22, cuando lo correcto es **\$2.995,43**, y el segundo aspecto tiene que ver con que los IPC inicial (0.41492) y final (0.17287) que tomó la juez primigenia son diferentes a los que tiene en cuenta esta judicatura (IPC inicial-0.12, IPC final 0.29), pero al realizar la operación arrojan el mismo resultado, esto es, **2.41**, y ello se presenta porque la tabla del IPC que tomó la a quo está referida a los IPC base 2008, y la que se tiene en cuenta por esta Sala son los históricos con el IPC base 2018, dado que la base del IPC se actualiza cada 10 años.

Acto seguido, como quiera que desde que se reconoció la pensión plena de jubilación (Resolución No 089 del 24 de enero de 1977), no se viene cancelando la mesada en debida forma, en línea de principio se ordenaría el reconocimiento de las diferencias pensionales a partir del 24 de septiembre de 1976; no obstante, como se propuso la excepción de prescripción y la *a quo* determinó que las diferencias pensionales anteriores al 24 de abril de 2010 se encuentran prescritas, cumple relieves que, en efecto la exigibilidad de la indexación de la primera mesada pensional se causó a partir del 24 de septiembre de 1976, data desde la cual se hizo exigible el derecho, y en vista de que elevó reclamación el 26 de abril de 2013 (Fols. 153 a 154 Archivo No 002 Exp. Digital), que fue archivada mediante oficio del 13 de junio de 2015 (Fols. 157, y 161 a 162 Archivo No 002 Exp. Digital), y entre esta respuesta y la presentación de la demanda, que lo fue el 06 de febrero de 2018 (fol. 32 Exp. Digital) no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con tres años de antelación a la reclamación, esto es, las causadas con anterioridad al 26 de abril de 2010, prescripción que ha de declararse probada parcialmente por haber sido alegada por la entidad demandada y haberse así determinado por la juez de primera instancia de manera correcta, además de no ser punto objeto de apelación por la parte actora.

Así las cosas, una vez realizados los cálculos encuentra la Sala que para el año 2008 la mesada pensional que le reconoció el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia al aquí demandante como sustitución pensional ascendía a **\$560.586** (Fols. 16 a 18 Archivo No 01 Exp. Digital), mientras que la reajustada por esta Sala, como la que tuvo en cuenta la a quo, solo alcanza a la suma de **\$473.877 y \$468.102** respectivamente, razón por la cual, ninguna diferencia positiva se presenta de allí en adelante, y en consecuencia, al no existir o generarse retroactivo en favor de la parte actora, no hay lugar a impartir condena, precisándose que en efecto los reajustes año a año de la mesada pensional se efectuaron con el IPC de diciembre del año inmediatamente anterior e incluso teniendo en cuenta los incrementos legales para los años anteriores a 1990, a pesar de que ni siquiera tal punto fue objeto de controversia por la parte actora, pues solo en la alzada refiere de manera general un decreto al respecto, circunscribiéndose la discusión solo a la indexación de la primera mesada, la cual como se dijo, debía indexarse desde la fecha de finalización de la relación laboral hasta el reconocimiento pensional, pero ya en punto a actualizar año

a año la mesada pensional arroja para el año 2008 una mesada inferior a la que se viene reconociendo.

REAJUSTE PENSIONAL					
Año	IPC	Incrementos	Valor reconocido	Valor real	Diferencia mensual
1976	15,00%		\$ 1.560	\$ 2.995	\$ 1.435
1977	25,00%	\$ 180,00	\$ 2.001	\$ 3.652	\$ 1.651
1978	15,00%	\$ 390,00	\$ 2.989	\$ 5.052	\$ 2.063
1979	16,86%		\$ 3.437	\$ 5.810	\$ 2.373
1980	15,22%	\$ 435,00	\$ 4.525	\$ 7.298	\$ 2.773
1981	13,33%	\$ 525,00	\$ 5.818	\$ 9.014	\$ 3.195
1982	15,00%	\$ 600,00	\$ 7.274	\$ 10.895	\$ 3.621
1983	12,49%	\$ 855,00	\$ 9.348	\$ 13.513	\$ 4.164
1984	11,00%	\$ 925,00	\$ 11.557	\$ 16.241	\$ 4.684
1985	10,00%	\$ 1.018,50	\$ 13.958	\$ 19.158	\$ 5.199
1986	12,00%	\$ 1.129,80	\$ 16.597	\$ 22.316	\$ 5.719
1987	11,00%	\$ 1.626,91	\$ 20.411	\$ 26.817	\$ 6.406
1988	27,00%	\$ 1.849,24	\$ 24.709	\$ 31.819	\$ 7.110
1989	26,00%		\$ 31.380	\$ 40.410	\$ 9.030
1990	26,07%		\$ 39.539	\$ 50.917	\$ 11.378
1991	25,03%		\$ 49.846	\$ 64.191	\$ 14.344
1992	12,00%		\$ 62.323	\$ 80.258	\$ 17.935
1993	21,09%		\$ 69.802	\$ 89.889	\$ 20.087
1994	22,59%		\$ 84.523	\$ 108.846	\$ 24.323
1995	19,46%		\$ 103.617	\$ 133.434	\$ 29.818
1996	21,64%		\$ 123.780	\$ 159.401	\$ 35.620
1997	17,68%		\$ 150.566	\$ 193.895	\$ 43.329
1998	16,70%		\$ 177.187	\$ 228.176	\$ 50.989
1999	9,23%		\$ 206.777	\$ 266.281	\$ 59.504
2000	8,75%		\$ 225.862	\$ 290.859	\$ 64.997
2001	7,65%		\$ 245.625	\$ 316.309	\$ 70.684
2002	6,99%		\$ 264.415	\$ 340.507	\$ 76.091
2003	6,49%		\$ 282.898	\$ 364.308	\$ 81.410
2004	5,50%		\$ 301.258	\$ 387.952	\$ 86.693
2005	4,85%		\$ 317.827	\$ 409.289	\$ 91.462
2006	4,48%		\$ 333.242	\$ 429.139	\$ 95.897
2007	5,69%		\$ 348.171	\$ 448.365	\$ 100.194
2008	7,67%		\$ 367.982	\$ 473.877	\$ 105.895
2009	2,00%		\$ 396.206	\$ 510.223	\$ 114.017
2010	3,17%		\$ 404.131	\$ 520.428	\$ 116.297
2011	3,73%		\$ 416.941	\$ 536.925	\$ 119.984
2012	2,44%		\$ 432.493	\$ 556.952	\$ 124.459
2013	1,94%		\$ 443.046	\$ 570.542	\$ 127.496
2014	3,66%		\$ 451.641	\$ 581.611	\$ 129.969
2015	6,77%		\$ 468.171	\$ 602.898	\$ 134.726
2016	5,75%		\$ 499.867	\$ 643.714	\$ 143.847
2017	4,09%		\$ 528.609	\$ 680.727	\$ 152.118
2018	3,18%		\$ 550.229	\$ 708.569	\$ 158.340
2019	3,80%		\$ 567.726	\$ 731.102	\$ 163.375
2020	1,61%		\$ 589.300	\$ 758.883	\$ 169.584
2021			\$ 598.788	\$ 771.101	\$ 172.314

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primer grado la que con acierto impartió la absolución a la entidad demandada.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

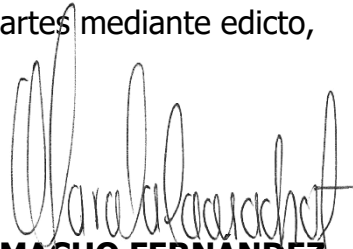
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021 por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: DIOCELINA DUARTE JURADO
Demandada: COLPENSIONES
Radicación: 31-2020-00341-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA– PENSIÓN POR APORTES- MODIFICA.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. Diocelina Duarte Jurado, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que le asiste el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes, cuya primera mesada debe ser debidamente indexada. En consecuencia, se disponga a su favor el retroactivo pensional causado, intereses moratorios, indemnización, daños morales y materiales y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que mediante Resolución núm. 134401 del 19 de junio de 2013, la llamada a juicio negó el reconocimiento y pago de pensión de jubilación por aportes. Indicó que nació el 22 de marzo de 1949 y acreditó un total de tiempo de servicios de 1.034.712 semanas, razón por la cual el 17 de septiembre del 2019, solicitó a Colpensiones nuevamente el estudio de la prestación económica, sin que fuera resuelta. (Expediente electrónico, PDF 012. escrito de subsanación)

2. Contestación de la demandada. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que no puede reconocer derechos pensionales por mera liberalidad. Indicó que la actora cuenta con 70 años cumplidos para la fecha de la admisión de la demanda, acreditando un total de 5.622 días, equivalentes a 803 semanas plenamente validadas entre los periodos del 14 de agosto de 1990 al 30 de septiembre de 2014, lo que permite concluir que, si bien cumple con la edad, no es así con el número de semanas requeridas a efectos de ser beneficiaria del Régimen de Transición, contemplado dentro del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Refirió que la norma aplicable a efectos de proceder a obtener una eventual pensión de vejez es la retratada dentro del artículo 33 de la citada Ley, la cual establece como requisito un margen de 1.300 semanas, escenario que no se encuentra causado en el presente asunto, como quiera que la demandante no cumple el margen de tiempo

necesario. Propuso como excepción previa la de no agotamiento de reclamación administrativa y como de fondo las que denominó las de inexistencia del derecho y obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 019. 11001310503120200034100 tiene por contestada fija fecha)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de septiembre del 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en la que declaró que la actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión por aportes regulada en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, a partir del 1 de octubre de 2014, en cuantía de un 1 SMLMV y por 13 mesadas al año y además, probada la excepción de prescripción para las mesadas causadas y no pagadas con anterioridad al 4 de agosto de 2017. Así las cosas, condenó a la demandada a reconocer y pagar el retroactivo pensional causado desde el 4 de agosto de 2017 al 31 de agosto de 2021 por valor de \$33.163.720, mismo al que deberá descontar del retroactivo el valor de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud. Ordenó el pago de intereses moratorios sobre las sumas adeudadas a partir del 13 de enero de 2015 y hasta cuando se verifique el pago de estas y costas procesales.

Para arribar a la decisión, se propuso verificar si le asiste a la actora el derecho al reconocimiento y pago de la pensión por aportes regulada en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, con el correspondiente retroactivo e intereses moratorios. Con dicho propósito indicó que no existe controversia que la demandante cumplió 55 años el 22 de marzo del 2004; que mediante Resoluciones GNR 134401 de 2013 y 409060 de 2014, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de vejez a la actora; y que a la fecha la entidad demandada registró un total de 731,29 semanas cotizadas.

Además, sostuvo que la parte actora allegó certificación laboral expedida por la Gobernación de Santander, en la que se acredita que la actora laboró al servicio de la ESE Hospital Santo Domingo de Málaga, en calidad de empleada pública desde el 14 de agosto de 1990 hasta el 30 de enero del 2006, razón por la cual, y de cara a la historia laboral, no se podía desconocer que la actora cotizó un total de 1.035.86 semanas, equivalentes a 21.1 años.

Bajo ese horizonte y luego de citar lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, refirió que la actora es beneficiaria del régimen de transición consagrado en la citada disposición, dado que, para el 1 de abril de 1994, contaba con 44 años de edad; mismo que se extendió conforme a lo normado en el Acto Legislativo 001 de 2005, en tanto que contaba con 768.86 semanas al 29 de julio del 2005, razón por la que conservó hasta 2014 los beneficios de la Ley 71 de 1988 que pretende aplicarse.

Esbozó que de conformidad con la Ley 71 de 1988, la gestora del proceso reúne los requisitos contemplados en la citada norma, pues cumplió 55 años el 22 de marzo del 2004 y ostenta un total de 1.035.86 semanas, equivalentes a 21.1 años, razón por la cual tiene derecho a la reclamada pensión. Refirió que el disfrute de esta será a partir del 1 de octubre del 2014, dado que se ultima cotización se efectuó en septiembre de 2014. En lo que hace al monto señaló que de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, debe tomarse el IBL de los últimos diez años de servicio, sin embargo, al aplicar la tasa de reemplazo se obtiene una suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de manera que debe ajustarse a dicho límite.

Respecto de la excepción de prescripción tuvo en cuenta que la petición fue radicada el 12 de septiembre del 2014, siendo resuelta mediante Resolución 409060 de 2014,

notificada el 24 de diciembre de 2014, por lo que la demandante tenía hasta el mismo día y mes del año 2017, para instaurar la respectiva demanda, de conformidad con los artículos 488 del C.S.T. y 151 del CPT y S.S. Sin embargo, dijo que aquella acudió a la jurisdicción solo hasta el 4 de agosto del 2020, como se verifica del acta de reparto, lo que indica que opera el término prescriptivo de las mesadas causadas con anterioridad al 4 de agosto del 2017. Frente a los intereses moratorios indicó que, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, aquellos procedían dado al cambio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 458 y SL 1727 de este año, por lo que en armonía a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, los mismos se causaban desde el 13 de enero del 2015 y hasta cuando se realice efectivamente el pago. (Expediente electrónico, Audio 005. Audiencia art. 80 CPT Y SS)

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Recurso de apelación de la demandante. Formuló recurso de apelación "*en cuanto a la fecha que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión, que debe ser desde el 17 de septiembre del 2016*"

5.1. Recurso de apelación de la demandante. En su alzada esgrimió que dado las semanas reflejadas en Colpensiones conforme a la Resolución GNR 409060 de 2014, no es acreedora del beneficio de la transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual debe aplicarse el artículo 33 de la citada disposición, es decir, tener 57 años y 1300 semanas, supuestos normativos que no logra tampoco cumplir la actora. Indicó que en relación con los intereses moratorios no se encuentran causados en tanto que no existe un incumplimiento injustificado de la entidad, además, porque la accionante no allegó la documentación requerida para el estudio de la pensión de vejez solicitada. (Expediente electrónico, Audio 005. Audiencia art. 80 CPT Y SS)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Colpensiones. Alegó en su favor que la actora con fecha de nacimiento el día 22 de marzo de 1949 y contando con la edad de 70 años cumplidos para la fecha de la admisión de la demanda, acredita conforme lo determinado dentro de la Resolución GNR_409060 de fecha 24 de noviembre de 2014, un total de 5622 días, equivalentes a 803 semanas plenamente validadas entre los periodos de 1990/08/14 a 2014/09/30. Indicó que, de acuerdo con lo anterior respecto al régimen de transición observó que no acredita el número de semanas requeridas al 25 de julio de 2005, por lo cual se puede evidenciar que no cumple con el requisito de tiempo y como consecuencia de ello, no es acreedora del beneficio de la transición y por ende no le es aplicable lo determinado dentro del Decreto 758 de 1990, permitiendo así definir que la norma que rige el caso en concreto es la contenida dentro de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuestos por las partes 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 y, se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que no haya sido apelado y le sea desfavorable.

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

- (i) ¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?
- (ii) ¿Tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, en caso positivo, a partir de qué fecha?
- (iii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?
- (iv) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al reconocer intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en tanto que no existe un incumplimiento injustificado en el reconocimiento pensional, dado que aún se encuentra en estudio la prestación económica deprecada?

Régimen de Transición

De cara a los problemas jurídicos que debe resolver la Sala, debe en primer lugar decirse que acertó la falladora de primera instancia al colegir que la actora es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera, que a la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994, contaba con más de 35 años siendo mujer, exactamente 41 años, pues nació el 22 de marzo de 1949, tal y como da cuenta la fotocopia de su cédula allegada al cartapacio. (Expediente electrónico, PDF 000. DEMANDA ORDINARIA LABORAL, pág. 6).

Régimen que conservó hasta el 31 de diciembre del 2014, pues cuando entró a regir el AL 01 del 2005, esto es, el 29 de julio del 2005 contaba con más de 750 semanas, ya que para dicha fecha cuenta con un total de **5.595 días**, lo que es igual a **799,28 semanas**, conforme al tiempo laborado en E.S.E. Hospital Santo de Málaga y que certificó la Gobernación de Santander.

Pensión de jubilación–Ley 71 de 1988-

Teniendo en cuenta que la promotora del proceso es beneficiaria del régimen de transición, es claro que su pensión debe estudiarse a la luz del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, el cual exige como requisito a) contar con 60 años si es hombre o 55 años si es mujer y b) acreditar 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo.

a) Edad

La actora cumple con este requisito toda vez que cumplió los 55 años el 22 de marzo del 2004, por haber nacido el mismo día y mes del año 1949, como da cuenta la fotocopia de su cédula allegada.

b) Aportes

Al revisar la historia laboral allegada por Colpensiones, así como la certificación del tiempo laborado en E.S.E. Hospital Santo de Málaga se evidencia que la actora acreditó haber laborado 7.272 días que equivalen a 1038.86 semanas, que es igual a 20.2 años.

Semanas cotizadas a	Período	Semanas
E.S.E. Hospital Santo de Málaga	14-08-90 a 04-02-2006	799.28
Colpensiones	1-08-2006 a 31-01-2010 y 1-08-2013 a 30-09-2014	239.57
Total semanas		1038.86

Por tanto, contrario a lo dicho por el apoderado de la pasiva en su recurso de apelación, acertó la falladora de primera instancia cuando condenó a Colpensiones a reconocerle a la actora una pensión bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988, en tanto que cumplió con el tiempo exigido y edad.

Causación y disfrute

Conforme a ello basta decir que sobre el tema de causación y disfrute de la pensión por aportes, debemos acudir al contenido del art. 8 de la Ley 71 de 1988 que dispone que una vez reconocida *"se hacen efectivas y deben pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio, en caso de que este requisito sea necesario para gozar de la pensión."*

Lo anterior permite concluir, que la causación del derecho se suscita cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión o, en otras palabras, cuando adquiere el estatus de pensionado, hecho jurídico que se configura cuando la asegurada arriba a la edad mínima requerida y acumula la densidad de semanas cotizadas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Por su parte, para el disfrute de esta, se debe tener en cuenta la desafiliación del sistema de pensiones, como regla general para acceder al disfrute de la pensión.

Con fundamento en lo anterior, la actora cumplió su estatus pensional o causación el 30 de septiembre de 2014, cuando cumplió la edad y semanas requeridas, de conformidad con el artículo 7 de la Ley 71 de 1988; por lo que a partir de esa fecha será también su disfrute, data en la que la actora realizó su última cotización pensional, en los términos antes dichos y como bien lo señaló la juzgadora de primer grado.

Tasa de reemplazo Ley 71 de 1988

A la luz de lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, esta prevé una tasa de reemplazo equivalente al 75%, sobre el ingreso base de liquidación.

Monto de la pensión

Respecto al monto de la pensión, teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- la actora le hacía falta más de 10 años para adquirir el derecho, su pensión debe liquidarse conforme al art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con los últimos 10 años no siendo posible liquidar con toda la vida laboral, pues aquella no alcanzó a cotizar más de 1250 semanas. (sentencia SL 3917-2020)

Una vez realizadas las operaciones aritméticas, según la tabla que se anexa a este proveído, encuentra la Sala que la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión en cuantía de \$1.241.619,60 para el año 2014. Sin embargo, como quiera que la citada suma es superior a la determinada por el A quo, se mantendrá incólume tal decisión en tanto que dicho aspecto no reprochó la parte demandante, ni mucho menos el salario base de la liquidación (IBL).

Prescripción

En cuanto al problema jurídico relacionado con determinar si se debe declarar o no la excepción de prescripción, cumple recordar, que son dos los preceptos regulan la

prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794–2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente."

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, los cuales, deben ser aplicados al caso en concreto, es necesario indicar que al haberse causado la pensión desde el 1 de octubre del 2014 es claro que el término de prescripción empezaba a contarse a partir de esa fecha por tres años, respecto de las mesadas que se iban causando, mes a mes, de esta manera opera el fenómeno de prescripción para este caso así:

Se tiene que el actor elevó reclamación ante la demandada, misma que le fue resuelta mediante Resolución GNR No. 4099060 del 24 de noviembre de 2014, acto administrativo notificado el 24 de diciembre del mismo año, por lo que es claro que, ante tal interrupción, el término iba hasta la mismo mes y año del año 2017. Como la demanda no se presentó en ese lapso, dichas mesadas prescribieron. Ahora bien, respecto a las mesadas causadas con posterioridad al 24 de diciembre del 2014, el actor apenas vino a presentar nueva reclamación el 19 de septiembre de 2019, por lo que prescribieron las causadas con anterioridad a la mismo mes y año de 2016, no ocurriendo lo mismo con las posteriores, pues la demanda fue presentada el 4 de agosto del 2020, esto es, dentro de los tres años siguientes.

En esa medida, es claro que incurrió en error la sentenciadora de primer grado al colegir que el fenómeno de la prescripción debía contarse tres años atrás a partir de la fecha en que fue presentada la demanda y no al 19 de septiembre del 2019, en tanto que esta última data corresponde a la segunda reclamación que se hizo sobre el derecho pensional, con la que se interrumpe la prescripción de mesadas pensionales tres años

atrás; por manera que se sigue modificar la decisión del A quo que sobre tal aspecto, para en su lugar, declarar probada la excepción de prescripción sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de septiembre del 2016.

Retroactivo pensional

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala procederá modificar el numeral 3° de la sentencia de primer grado, para en su lugar condenar a Colpensiones a pagar el retroactivo pensional causado desde el 19 de septiembre del 2016 al 31 de agosto de 2021, en 13 mesadas pensionales, teniendo en cuenta para el efecto la mesada pensional que determinó el A quo y que se insiste no fue objeto de apelación; valor que asciende a la suma de **\$52.225.224**. Así mismo, la enjuiciada deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Retroactivo Pensional					
AÑO	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de mesadas	Valor mesada pensional	Subtotal
2016	19/09/16	31/12/16	4,4	\$ 689.455	\$3.033.602
2017	01/01/17	31/12/17	13	\$ 737.717	\$9.590.321
2018	01/01/18	31/12/18	13	\$ 781.242	\$10.156.146
2019	01/01/19	31/12/19	13	\$ 828.116	\$10.765.508
2020	01/01/20	31/12/20	13	\$ 877.803	\$11.411.439
2021	01/01/21	31/08/21	8	\$ 908.526	\$7.268.208
Total Retroactivo Pensional					\$52.225.224

Intereses moratorios

De conformidad con el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente deberá reconocer y pagar al pensionado además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago. En cuanto al término que tiene Colpensiones para reconocer la pensión de vejez, la Sala Mayoritaria tiene sentado que conforme al art. 9° de la Ley 797 de 2003 debe ser en un tiempo no superior a 4 meses después de radicada la solicitud.

Teniendo en cuenta lo anterior, no se equivocó la falladora de primera instancia al impartir condena sobre los intereses moratorios que fueron peticionados por la actora en el escrito primigenio, ya que no hay razón para exonerar de su pago, en tanto que existe retardo en el pago de la prestación económica a favor de la actora, sin que sea viable, como pretende la encartada, se analice si existe o existió discusión del derecho pensional en la actuación administrativa a cargo de Colpensiones, dado que tal aspecto no se concibe como un acto liberatorio de tales réditos, ni puede considerarse determinante para establecer la procedencia de los intereses moratorios de que trata el precepto aludido, como quiera que aquellos se generan por el simple retardo en el pago de mesadas pensionales.

No obstante, aunque hay lugar a su imposición conforme a lo dicho, la Sala evidencia que existe un claro error del A quo cuando manifestó que los intereses moratorios correrían desde el 13 de enero del 2015, olvidando que sobre aquellos réditos también están afectados por el fenómeno la prescripción. En tal virtud, el hito a partir del cual empezaron a correr es a partir del 19 de septiembre del 2016, en armonía a las consideraciones atrás vertidas sobre las implicaciones que llevó la existencia de las dos reclamaciones, por manera que el lapso de mora que habrá de corresponder hasta el pago efectivo del retroactivo causado.

Por lo expuesto habrá de modificarse la sentencia de primer grado en ese sentido.

Costas

En esta instancia a cargo de la demandada, por haber prosperado el recurso de apelación propuesto por el actor y fracasado el planteado por Colpensiones. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia proferida el 16 de septiembre del 2021, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** probada la excepción de prescripción sobre las mesadas pensionales e intereses moratorios causados con anterioridad al 19 de septiembre del 2016, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a **DIOCELINA DUARTE JURADO** la suma de **\$52.225.224**, por las mesadas causadas entre el 19 de septiembre del 2016 al 31 de agosto de 2021, y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal 4° de la sentencia apelada y consultada para en su lugar **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar a **DIOCELINA DUARTE JURADO** intereses moratorios a partir del **19 de septiembre del 2016** hasta el momento en que se efectúe el pago de todas las mesadas adeudadas, los cuales deberán ser liquidados al momento en que se efectúe el pago.

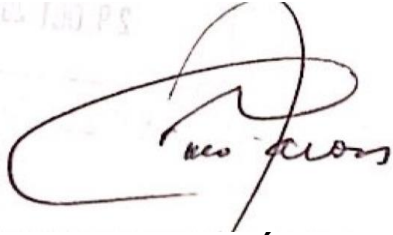
CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primer grado.

QUINTO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de **COLPENSIONES**. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

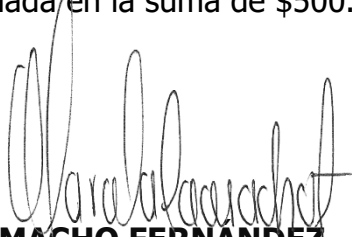

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUÍS 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-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **DIOCELINA DUARTE JURADO** y a cargo de la demandada en la suma de \$500.000.


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

Promedio Salarial Anual							
Año 2000							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/10/00	29/10/00	29	\$ 1.124.000	37.466,67	\$ 1.086.533,33		
01/11/00	30/11/00	30	\$ 1.160.000	38.666,67	\$ 1.160.000,00		
01/12/00	31/12/00	30	\$ 1.124.000	37.466,67	\$ 1.124.000,00		
Total días		89			\$ 3.370.533,33	\$ 37.871,16	\$ 1.136.134,83
Año 2001							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/01	31/01/01	30	\$ 1.116.000	37.200,00	\$ 1.116.000,00		
01/02/01	28/02/01	30	\$ 977.000	32.566,67	\$ 977.000,00		
01/03/01	31/03/01	30	\$ 1.264.000	42.133,33	\$ 1.264.000,00		
01/04/01	30/04/01	30	\$ 1.268.000	42.266,67	\$ 1.268.000,00		
01/05/01	31/05/01	30	\$ 1.325.000	44.166,67	\$ 1.325.000,00		
01/06/01	30/06/01	30	\$ 1.204.000	40.133,33	\$ 1.204.000,00		
01/07/01	31/07/01	30	\$ 1.571.000	52.366,67	\$ 1.571.000,00		
01/08/01	31/08/01	30	\$ 1.449.000	48.300,00	\$ 1.449.000,00		
01/09/01	30/09/01	30	\$ 1.430.000	47.666,67	\$ 1.430.000,00		
01/10/01	31/10/01	30	\$ 1.367.000	45.566,67	\$ 1.367.000,00		
01/11/01	30/11/01	30	\$ 1.415.000	47.166,67	\$ 1.415.000,00		
01/12/01	31/12/01	30	\$ 1.310.000	43.666,67	\$ 1.310.000,00		
Total días		360			\$ 15.696.000,00	\$ 43.600,00	\$ 1.308.000,00
Año 2002							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/02	31/01/02	30	\$ 1.161.000	38.700,00	\$ 1.161.000,00		
01/02/02	28/02/02	30	\$ 1.295.000	43.166,67	\$ 1.295.000,00		
01/03/02	31/03/02	30	\$ 1.260.000	42.000,00	\$ 1.260.000,00		
01/04/02	30/04/02	30	\$ 1.327.000	44.233,33	\$ 1.327.000,00		
01/05/02	31/05/02	30	\$ 1.357.000	45.233,33	\$ 1.357.000,00		
01/06/02	30/06/02	30	\$ 1.306.000	43.533,33	\$ 1.306.000,00		
01/07/02	31/07/02	30	\$ 1.764.000	58.800,00	\$ 1.764.000,00		
01/08/02	31/08/02	30	\$ 1.239.000	41.300,00	\$ 1.239.000,00		
01/09/02	30/09/02	30	\$ 1.353.000	45.100,00	\$ 1.353.000,00		
01/10/02	31/10/02	30	\$ 1.337.000	44.566,67	\$ 1.337.000,00		
01/11/02	30/11/02	30	\$ 1.304.000	43.466,67	\$ 1.304.000,00		
01/12/02	31/12/02	30	\$ 1.250.000	41.666,67	\$ 1.250.000,00		
Total días		360			\$ 15.953.000,00	\$ 44.313,89	\$ 1.329.416,67
Año 2003							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/03	31/01/03	30	\$ 1.128.000	37.600,00	\$ 1.128.000,00		
01/02/03	28/02/03	30	\$ 1.275.000	42.500,00	\$ 1.275.000,00		

01/03/03	31/03/03	30	\$ 1.329.000	44.300,00	\$ 1.329.000,00		
01/04/03	30/04/03	30	\$ 1.341.000	44.700,00	\$ 1.341.000,00		
01/05/03	31/05/03	30	\$ 1.327.000	44.233,33	\$ 1.327.000,00		
01/06/03	30/06/03	30	\$ 1.247.000	41.566,67	\$ 1.247.000,00		
01/07/03	31/07/03	30	\$ 1.629.000	54.300,00	\$ 1.629.000,00		
01/08/03	31/08/03	30	\$ 1.336.000	44.533,33	\$ 1.336.000,00		
01/09/03	30/09/03	30	\$ 1.290.000	43.000,00	\$ 1.290.000,00		
01/10/03	31/10/03	30	\$ 1.386.000	46.200,00	\$ 1.386.000,00		
01/11/03	30/11/03	30	\$ 1.257.000	41.900,00	\$ 1.257.000,00		
01/12/03	31/12/03	30	\$ 1.309.000	43.633,33	\$ 1.309.000,00		
Total días		360			\$ 15.854.000,00	\$ 44.038,89	\$ 1.321.166,67
Año 2004							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/04	31/01/04	30	\$ 1.244.000	41.466,67	\$ 1.244.000,00		
01/02/04	29/02/04	30	\$ 1.377.000	45.900,00	\$ 1.377.000,00		
01/03/04	31/03/04	30	\$ 1.460.000	48.666,67	\$ 1.460.000,00		
01/04/04	30/04/04	30	\$ 1.487.000	49.566,67	\$ 1.487.000,00		
01/05/04	31/05/04	30	\$ 1.411.000	47.033,33	\$ 1.411.000,00		
01/06/04	30/06/04	30	\$ 1.245.000	41.500,00	\$ 1.245.000,00		
01/07/04	31/07/04	30	\$ 1.592.000	53.066,67	\$ 1.592.000,00		
01/08/04	31/08/04	30	\$ 1.236.000	41.200,00	\$ 1.236.000,00		
01/09/04	30/09/04	30	\$ 1.236.000	41.200,00	\$ 1.236.000,00		
01/10/04	31/10/04	30	\$ 1.236.228	41.207,60	\$ 1.236.228,00		
01/11/04	30/11/04	30	\$ 1.235.941	41.198,03	\$ 1.235.941,00		
01/12/04	31/12/04	30	\$ 1.018.108	33.936,93	\$ 1.018.108,00		
Total días		360			\$ 15.778.277,00	\$ 43.828,55	\$ 1.314.856,42
Año 2005							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/05	31/01/05	30	\$ 1.072.169	35.738,97	\$ 1.072.169,00		
01/02/05	28/02/05	30	\$ 1.072.169	35.738,97	\$ 1.072.169,00		
01/03/05	31/03/05	30	\$ 1.072.169	35.738,97	\$ 1.072.169,00		
01/04/05	30/04/05	30	\$ 1.072.169	35.738,97	\$ 1.072.169,00		
01/05/05	31/05/05	30	\$ 1.072.169	35.738,97	\$ 1.072.169,00		
01/06/05	30/06/05	30	\$ 1.072.169	35.738,97	\$ 1.072.169,00		
01/07/05	31/07/05	30	\$ 1.131.139	37.704,63	\$ 1.131.139,00		
01/08/05	31/08/05	30	\$ 1.527.038	50.901,27	\$ 1.527.038,00		
01/09/05	30/09/05	30	\$ 1.131.139	37.704,63	\$ 1.131.139,00		
01/10/05	31/10/05	30	\$ 1.131.139	37.704,63	\$ 1.131.139,00		
01/11/05	30/11/05	30	\$ 1.131.139	37.704,63	\$ 1.131.139,00		

01/12/05	31/12/05	30	\$ 1.131.139	37.704,63	\$ 1.131.139,00		
Total días		360			\$ 13.615.747,00	\$ 37.821,52	\$ 1.134.645,58
Año 2006							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/06	31/01/06	30	\$ 1.199.007	39.966,90	\$ 1.199.007,00		
01/02/06	04/02/06	4	\$ 159.867	5.328,90	\$ 21.315,60		
01/08/06	31/08/06	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/09/06	30/09/06	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/10/06	31/10/06	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/11/06	30/11/06	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/12/06	31/12/06	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
Total días		184			\$ 6.220.322,60	\$ 33.806,10	\$ 1.014.183,03
Año 2007							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/07	31/01/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/02/07	28/02/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/03/07	31/03/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/04/07	30/04/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/05/07	31/05/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/06/07	30/06/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/07/07	31/07/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/08/07	31/08/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/09/07	30/09/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/10/07	31/10/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/11/07	30/11/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/12/07	31/12/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
Total días		360			\$ 12.000.000,00	\$ 33.333,33	\$ 1.000.000,00
Año 2008							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/08	29/01/08	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,67		
01/02/08	29/02/08	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,67		
01/03/08	29/03/08	29	1.000.000,00	33.333,33	\$ 966.666,67		
01/04/08	30/04/08	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/05/08	31/05/08	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/06/08	30/06/08	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/07/08	31/07/08	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/08/08	31/08/08	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/09/08	30/09/08	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/10/08	31/10/08	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		

01/11/08	30/11/08	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/12/08	31/12/08	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
Total días		357			\$ 11.900.000,00	\$ 33.333,33	\$ 1.000.000,00
Año 2009							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/09	31/01/09	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/02/09	28/02/09	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/03/09	31/03/09	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/04/09	30/04/09	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/05/09	31/05/09	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/06/09	30/06/09	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/07/09	31/07/09	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/08/09	31/08/09	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/09/09	30/09/09	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/10/09	31/10/09	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/11/09	30/11/09	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/12/09	31/12/09	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
Total días		360			\$ 12.000.000,00	\$ 33.333,33	\$ 1.000.000,00
Año 2010							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/10	31/01/10	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
Total días		30			\$ 1.000.000,00	\$ 33.333,33	\$ 1.000.000,00
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/08/13	31/08/13	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/09/13	30/09/13	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/10/13	31/10/13	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/11/13	30/11/13	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/12/13	31/12/13	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
Total días		150			\$ 5.000.000,00	\$ 33.333,33	\$ 1.000.000,00
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/02/14	28/02/14	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/03/14	31/03/14	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/04/14	30/04/14	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/05/14	31/05/14	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/06/14	30/06/14	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/07/14	31/07/14	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/08/14	31/08/14	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		

01/09/14	30/09/14	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
Total días		270			\$ 9.000.000,00	\$ 33.333,33	\$ 1.000.000,00
Cálculo últimos Diez años							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2000	89	39,788	79,560	1,9996	\$ 1.136.134,83	\$ 2.271.827,35	\$ 6.739.754,46
2001	360	43,268	79,560	1,839	\$ 1.308.000,00	\$ 2.405.089,70	\$ 28.861.076,34
2002	360	46,577	79,560	1,708	\$ 1.329.416,67	\$ 2.270.833,37	\$ 27.250.000,46
2003	360	49,834	79,560	1,597	\$ 1.321.166,67	\$ 2.109.246,51	\$ 25.310.958,07
2004	360	53,068	79,560	1,499	\$ 1.314.856,42	\$ 1.971.226,78	\$ 23.654.721,40
2005	360	55,986	79,560	1,421	\$ 1.134.645,58	\$ 1.612.412,99	\$ 19.348.955,89
2006	184	58,704	79,560	1,355	\$ 1.014.183,03	\$ 1.374.496,55	\$ 8.430.245,53
2007	360	61,332	79,560	1,297	\$ 1.000.000,00	\$ 1.297.187,73	\$ 15.566.252,82
2008	357	64,825	79,560	1,227	\$ 1.000.000,00	\$ 1.227.304,18	\$ 14.604.919,77
2009	360	69,800	79,560	1,140	\$ 1.000.000,00	\$ 1.139.825,35	\$ 13.677.904,23
2010	30	71,197	79,560	1,117	\$ 1.000.000,00	\$ 1.117.456,02	\$ 1.117.456,02
2013	150	78,047	79,560	1,019	\$ 1.000.000,00	\$ 1.019.378,14	\$ 5.096.890,68
2014	270	79,560	79,560	1,000	\$ 1.000.000,00	\$ 1.000.000,00	\$ 9.000.000,00
Total días	3600	Total devengado toda la vida laboral actualizado				2014	\$ 198.659.135,66
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.655.492,80
		Porcentaje aplicado					75%
		Primera mesada					\$ 1.241.619,60



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: FUERO SINDICAL – PERMISO PARA DESPEDIR.
Demandante: SCOTIABANK COLPATRIA S.A.
Demandado: JORGE ENRIQUE RODRÍGUEZ CORTÉS
Radicación: 16-2021-00179-01
Asunto: APELACIÓN SENTENCIA- PERMISO PARA DESPEDIR – GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA-CONFIRMAR

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

Se decide de plano el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor del trabajador demandado.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Scotiabank Colpatria S.A., instauró demanda ordinaria contra el señor Jorge Enrique Rodríguez Cortes, con el propósito de que se autorice terminar con justa causa el contrato de trabajo del demandado, quien se encuentra amparado por fuero sindical al ser miembro de la Unión Sindical Bancarias –USB, en calidad de miembro del Comité Estatutario de Recomendaciones y Reclamos, y la Organización Sindical Empleados Sindicalizados Bancarios –ESB, en calidad de segundo suplente – Secretaría de Asuntos Laborales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes celebraron un contrato de trabajo a término indefinido con fecha de inicio el 12 de abril del 2018, para que desempeñará en la actualidad el cargo de Asesor Comercial Jornada Flexible Zona 1 Cial BCO. Refirió que el demandado es integrante de la Unión Sindical Bancaria -USB- en calidad de miembro del Comité Estatutario de Recomendaciones y Reclamos y, por ende, se encuentra amparado por la garantía del fuero sindical.

Explicó que el 22 de enero de 2021 el enjuiciado remitió a su jefe inmediata un correo electrónico de asunto “INCAPACIDAD MÉDICA”, el cual tenía un adjunto consistente en un documento en formato Word denominado “INCAPACIDAD RODRÍGUEZ CORTES JORGE ENRIQUE”. De esta manera pudo evidenciar que se trataba de una incapacidad aparentemente emitida por Emermédica, con “Admisión No. 6778525”, no obstante, frente a la misma advirtió anomalías, irregularidades e inconsistencias, entre las cuales destacó la incoherencia en el código de diagnóstico reportado y la fecha del evento, de cara a la data de la supuesta incapacidad.

De tal forma, sostuvo que el 25 de enero de 2021 remitió comunicación a EMERMÉDICA, solicitando que se confirmara la validez de la incapacidad presentada por el trabajador. Indicó que recibió respuesta el 4 de febrero del mismo año, informando que “*el número de atención registrado en la misma es de una atención brindada por la compañía el 20 de junio de 2020, a otro paciente, adicional se evidencia que el formato no es el generado por Emermédica, dado que nuestras incapacidades son generadas en formato PDF y adicional la disposición de la misma no es coherente a la que se utiliza actualmente, por último se valida que ultima atención prestada a este usuario y con este*”

número de documento es la No: 7155827. Ambulatorio del 22 diciembre 2020 hora 07:20. CONSIDERACIÓN: La incapacidad no es auténtica para Emermédica."

Señaló que, ante la gravedad de la situación, procedió a citar al trabajador a diligencia descargos para el 11 de febrero de 2021 a las 11:00 a.m., notificación que se hizo de manera física, tanto al demandado como a la organización sindical. Refirió que el trabajador se hizo presente en las instalaciones del Banco en compañía de dos miembros de la Organización sindical -USB-, quienes solicitaron aplazamiento de la actuación con el fin de recaudar pruebas, de manera que se accedió a tal petición. Informó que procedió a elevar una petición ante Axa Colpatria con el fin de validar la autenticidad de la incapacidad presentada, que ratificó lo dicho por Emermédica.

Dijo que reprogramó la diligencia de descargos para el 26 de febrero del 2021, presentándose nuevamente el trabajador con dos representantes del sindicato, quien aceptó que conocía el procedimiento para justificar las ausencias; que fue él quien a través de su correo electrónico personal remitió la incapacidad que había generado el proceso disciplinario, pero que desconocía que la misma presentará inconsistencias ya que, según su dicho, el documento que envió al Banco fue el emitido por Emermédica. Sin embargo, pese a que solicitó constancia del correo electrónico por medio del cual la citada entidad envió la incapacidad médica, el trabajador manifestó de forma reiterada que no contaba con el mismo, considerando injustificadas tanto su ausencia, como la presentación de una incapacidad médica que no correspondía a la realidad.

Sostuvo que, al haber agotado el debido proceso, el día 2 de marzo de 2021 notificó personalmente al demandado la comunicación en la que se le informaba que su contrato de trabajo terminaría con justa causa, una vez el juez laboral competente autorizará su desvinculación. (Expediente electrónico, PDF 001EscritoDemandaConAnexos, págs. 1 a 29)

2. Contestaciones de la demanda. En audiencia especial llevada a cabo el 28 de septiembre de 2021, el A quo tuvo por no contestada la demanda ante la no presencia del demandado a la citada diligencia. (Expediente electrónico, audio 033AudienciaVirtualParte1)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de septiembre de 2021, en el que el fallador autorizó el despido del demandado, declarando que aquel incurrió en las justas causas aducidas por la parte actora para su terminación y, por tanto, levantó los fueros sindicales de los que se beneficia. Finalmente, gravó al encartado en costas y compulsó copias en su contra a la Fiscalía General de la Nación.

Para arribar a tal conclusión, el juzgador tuvo como problemas jurídicos a dilucidar si se debía autorizar el despido del trabajador y, por tanto, el levantamiento de los fueros sindicales. Con tal propósito citó los artículos 39 de la Constitución Política, 118b, 405, 406, 62 y 63 del CST, 112 y s.s. del C.P.T. y de la S.S., entre otras disposiciones, así como el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, para significar que se encontraba acreditado la calidad de aforado sindical del demandado y por tanto debía calificar la existencia de la justa causa para autorizar el despido de aquel.

Tras verificar el acervo probatorio allegado por la parte demandante, la confesión ficta que declaró sobre alguno de los hechos de la demanda ante la no comparecencia al interrogatorio de parte y el indicio grave que pesa en contra del demandado, consideró que el trabajador incurrió en una justa causa legal para autorizar el despido, lo que conllevaba a levantar el fuero sindical del que se beneficia.

Expuso que el trabajador en efecto incurrió en faltas y violaciones graves a los deberes y responsabilidades que tiene, fundamentalmente por haber dejado de asistir a su jornada laboral el 22 de enero del 2021 sin justificación alguna, además, en tanto que presentó certificaciones no ajustadas a la realidad, carentes de autenticidad, que dejaron evidencia que no acudió al servicio médico, ni le fue expedido ninguna incapacidad médica, de acuerdo con la respuesta que dio Emermédica y la aseguradora Axa Colpatria Seguros de Vida, en concordancia con las inconsistencias que presenta el documento que fue remitido en dicha data por el trabajador a través de su correo electrónico a su empleador.

Así las cosas, indicó que el trabajador incumplió con sus obligaciones, de conformidad con los numerales 1º y 6º, literal “a” del artículo 62 del CST, en concordancia con el numeral 4 del artículo 60 de la misma norma sustantiva y las previsiones del reglamento interno de trabajo, razón por la cual debía acoger las pretensiones de la demanda.

(Expediente electrónico, audio 033AudenciaVirtualParte1)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del trabajador demandado, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**:

- (i) ¿La conducta endilgada al señor JORGE ENRIQUE RODRÍGUEZ CORTÉS por parte de SCOTIABANK COLPATRIA S.A. se configura en una justa causa que permita ordenar el levantamiento del fuero sindical que ostenta por pertenecer al comité estatutario de recomendaciones y reclamos de la UNIÓN SINDICAL BANCARIA -USB- y segundo suplente de la secretaría de asuntos laborales de la ORGANIZACIÓN SINDICAL EMPLEADOS SINDICALIZADOS BANCARIOS – ESB?

Fuero Sindical

Debe comenzar por señalarse que en el plenario no existe duda alguna que el señor Jorge Enrique Rodríguez Cortes se encuentra vinculado a Scotiabank Colpatria S.A., desde el 12 de abril de 2018, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de Asesor Comercial Jornada Flexible Zona 1 Cial BCO (Expediente electrónico, PDF 001EscritoDemandaConAnexos, págs. 77 a 83) y en la actualidad pertenece al comité estatutario de recomendaciones y reclamos de la UNIÓN SINDICAL BANCARIA -USB- y segundo suplente de la secretaría de asuntos laborales de la ORGANIZACIÓN SINDICAL EMPLEADOS SINDICALIZADOS BANCARIOS – ESB (Expediente electrónico, PDF 001EscritoDemandaConAnexos, págs. 85 a 93) hecho que le otorga al accionado la garantía foral prevista en los literales c) y d) del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo.

Toda vez que la entidad financiera accionante pretende el levantamiento del fuero sindical que ostenta el señor Rodríguez Cortes cumple decir que el artículo 39 de la Constitución Política consagra la garantía fundamental del fuero sindical como una paladina expresión de la libertad de asociación establecida en el artículo 38 superior, de la cual gozan los representantes de los sindicatos para el cumplimiento de su gestión, protección especial que también ha sido reconocida por el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, y por los Convenios 87 y 98 de la OIT.

De otra parte, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo define el fuero sindical como *"la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo"*.

En ese orden, el derecho al fuero sindical, para quienes se encuentran amparados por esta garantía en términos del artículo 406 del CST, entraña una serie de obligaciones correlativas para el empleador como abstenerse de despedir o desmejorar de cualquier manera la situación del trabajador, salvo que medie una justa causa previamente calificada y autorizada por el juez laboral.

Tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional en varias oportunidades, esta normativa es producto del desarrollo de las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, según las cuales los países miembros de esta se comprometen a adoptar medidas específicas de protección contra todo acto dirigido a perjudicar a los representantes sindicales, debido a su gestión sindical, incluido el despido y el desmejoramiento de sus condiciones de trabajo. Lo anterior no significa, como lo ha manifestado la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, a saber, **en la sentencia T-220 del 20 de marzo de 2012**: *"...que no sea posible despedir al empleado, sino que en el evento en el que el empleador despida al trabajador **deberá demostrar la existencia de una justa causa para hacerlo, y el juez deberá constatar la existencia o inexistencia de la misma con el fin de autorizar el despido**"*.

Bajo ese contexto jurisprudencial, como se dijo, no queda duda entonces que el demandado goza del beneficio que otorgan las disposiciones citadas por pertenecer al comité estatutario de recomendaciones y reclamos de la UNIÓN SINDICAL BANCARIA -USB- y segundo suplente de la secretaría de asuntos laborales de la ORGANIZACIÓN SINDICAL EMPLEADOS SINDICALIZADOS BANCARIOS – ESB y en esa medida no puede ser despedido, ni desmejorado en sus condiciones de trabajo, ni trasladado, sin justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo.

Precisamente el artículo 410 del CST modificado por el art. 8o. del Decreto 204 de 1957 consagra las causales consideradas por el legislador como justas para que el juez autorice el despido del trabajador amparado por fuero sindical, señalando entre otras, la "Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del C.S.T. PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO."

Bajo tal postulado legal, la entidad demandante hace uso de la acción consagrada en el artículo 113 del Código Procesal del Trabajo, invocando la causal que en precedencia se transcribió, atribuyéndole al accionado incumplimiento de las obligaciones contractuales estipuladas en el literal a), numerales 1 y 6 del CST, en concordancia con el artículo 60, numeral 4, artículo 58, numeral 1, artículos 55 y 56 del mismo estatuto adjetivo, así como lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo y contrato de trabajo, al dejar de asistir no solo el 22 de enero del 2021, sin contar con justificación válida, sino, *"que de manera irregular, presentó a la Compañía el día 22 de enero de 2021 una incapacidad presuntamente expedida por EMERMÉDICA S.A., documento que no correspondía a la realidad, con el único fin de justificar su falta, defraudando con ello la confianza en usted depositada, así como, ocasionando a la Organización perjuicios económicos y operaciones por dichos incumplimientos"*, y por consiguiente las conductas encuadran puntualmente en las citadas previsiones del orden sustancial.

Así las cosas, resta examinar el acopio probatorio para verificar si se encuentran configuradas las causales esgrimidas por la demandante; debiendo en primer lugar,

establecer si los hechos endilgados al demandado tuvieron ocurrencia y si con ellos transgredió las normas legales en que aquella sustenta su pretensión.

Se ha de partir, que la falta que se imputa al demandado es no haber asistido a trabajar el 22 de enero del 2021, además, que para justificar dicha inasistencia presentó una incapacidad laboral expedida al parecer por Emermédica de manera fraudulenta, incurriendo en engaño y en contra de los intereses de su empleador.

Ahora, en el marco de diligencia de descargos que se llevó a cabo el 11 de febrero del 2021, el actor, previo al conocimiento de la presunta inconsistencia de la incapacidad médica remitida por él el 22 de enero del 2021, a las 9:30 a.m., por medio de su correo electrónico personal ircortes84@gmail.com, bajo asunto "[External] INCAPACIDAD MÉDICA 22 DE ENERO 2021", adjuntada en formato Word, consistente en las incoherencias en el diagnóstico principal y fecha del evento; y la respuesta que ofreció Emermédica al derecho de petición que este último elevó con el fin de confirmar la validez de aquella prescripción médica allegada, solicitó junto con los representantes de la agremiación sindical USB aplazar la diligencia con el fin de indagar sobre la presunta falta, dado que:

"no es afiliado y no cuenta con ningún contrato con EMERMÉDICA, razón por la cual y obviamente al consultar con EMERMÉDICA no aparecerán registros como afiliados a EMERMÉDICA. Razón por la cual la solicitud que el Banco debe hacer para verificar la veracidad de la incapacidad en cuestión es con la EMPRESA AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA, con la cual JORGE si tiene contrato vigente. Cabe aclarar que EMERMÉDICA es una ips prestadora de un servicio a la empresa AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA, por ende ellos si pueden certificar la veracidad de dicha incapacidad."

Con tal propósito, el empleador dirigió comunicación a la citada aseguradora con el fin de que certificará si la incapacidad médica enviada por el trabajador fue expedida por algún servicio adscrito o con los que tenga convenio y si corresponde a un servicio médico efectivamente prestado. El 22 de febrero de 2021, Axa Colpatria Medicina Prepagada, en respuesta a la solicitud, comunicó que tal petición debía ser contestada directamente por su proveedor, razón por la cual, Emermédica, en misiva del 24 del mismo mes y año informó que la incapacidad médica que presentó el señor Rodríguez no fue emitida por Axa Colpatria Medicina Prepagada, entidad que ofrece a sus afiliados un beneficio extra que corresponde a la atención médica domiciliaria en alianza con Emermédica S.A., no obstante, indicó que ninguna las dos compañías emitió la presunta incapacidad médica de fecha 22 de enero del 2021 presentada por el trabajador a su empleador; tampoco prestó servicios médicos domiciliarios, *"lo que nos llevaría a pensar que el certificado que puso de presente el paciente a su empleador no es auténtico"*.

Tras lo anterior, el empleador citó nuevamente al trabajador a diligencia de descargos, quien en compañía de dos miembros de la Organización Sindical Unión Sindical Bancaria -USB fue indagado acerca de sus condiciones laborales, horario y procedimiento ante una ausencia que tenga como origen un evento de salud, aceptando que tenía que prestar sus servicios para el 22 de enero del 2021, sin embargo, no se presentó dado que se encontraba enfermo e incapacitado, recibiendo valoración médica por Emermédica S.A., asegurando que la incapacidad fue enviada por la citada entidad, sosteniendo que no tiene el soporte de la remisión de la misma por parte de dicha entidad.

Por otra parte, al proceso se arribaron las declaraciones de las señoras Margarita María González Salcedo, Stefany Johana Rico Gómez y Xiomara Angélica Prieto Nieto,

declaraciones a las que esta Sala les otorga pleno crédito, en tanto que, dada la posición jerárquica dentro de la entidad financiera, conocieron y presenciaron de manera directa y obligada los hechos. Dieron cuenta estos testimonios de la obligación que tenía el trabajador demandado de presentarse a laborar el 22 de enero del 2021, su inasistencia para este día, la presentación de la incapacidad laboral con las inconsistencias que ya fueron anotadas y la respuesta que dio Emermédica frente a ella.

De cara al haz probatorio traído a colación, ninguna dificultad probatoria entonces se encuentra para establecer que ciertamente el demandado no acudió al banco el día 22 de enero de 2021 a prestar servicios, hecho que, como se dijo, corroboran los testigos y el mismo demandado en diligencia de descargos; proceder que justificó dada la presunta condición médica que dijo ostentar para aquel día, atención que manifestó le procuró Axa Colpatria Medicina Prepagada y que con posterioridad, al cabo de la segunda citación a diligencia de descargos, mencionó que fue Emermédica, misma que, según su propio dicho, expidió incapacidad médica a su favor, la cual fue enviada a su correo electrónico por aquella y por consiguiente presentó ante su empleador con el fin de justificar su inasistencia.

Aserto que para la Sala no alcanzó demostración, en tanto que siendo el cargo ocupado por el demandado de Asesor Comercial Jornada Flexible Zona 1 Cial BCO, lo que no mereció discusión, los testimonios de Margarita María González Salcedo, Stefany Johana Rico Gómez y Xiomara Angélica Prieto Nieto señalaron que el que el actor para justificar su inasistencia el día 22 de enero de 2021, presentó un documento presuntamente irregular en formato Microsoft Word, donde fue remitido al Área de Seguridad y Salud en el Trabajo, quienes a su vez enviaron el documento a Emermédica para su revisión, entidad que certificó que no corresponde a la persona que atendieron con ese número de registro y que el diagnóstico no concierne al tipo de enfermedad señalada en aquella.

Estas declaraciones están corroboradas con otros elementos de juicio. En efecto, se allegó comunicación de Emermédica quien en dos oportunidades manifestó que no prestó los servicios de salud, tampoco emitió la presunta incapacidad médica el 22 de enero de 2021, ni que el número de atención registrado en la misma es de una atención brindada por la compañía el 20 de junio del 2020, a otro paciente, además, que el formato no es el generado por la entidad, dado que *“nuestras incapacidades son generadas en formato PDF y adicional la disposición de la misma no es coherente a la que se utiliza actualmente, por último se valida que ultima atención prestada a este usuario y con este número de documento es la No: 7155827. Ambulatorio del 22 de diciembre 2020 hora 07:20.”*

Además, no sobra precisar que evidencia la Sala en el presente asunto que sobre la enjuiciado recayó declaración de confeso, por su inasistencia injustificada a la audiencia prevista en el artículo 113 del CPTSS, consecuencia procesal respecto de la cual se dan los presupuestos necesarios para aplicarla, ya que, como lo ha explicado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, entre otras, en la sentencia SL676-2021, ante la ausencia sin justificación de quien debe acudir a la audiencia obligatoria de conciliación o a absolver interrogatorio de parte, se requiere que el juez relacione en forma determinada las circunstancias fácticas que se tendrán como ciertas, lo cual sucedió en el *examine*.

Así, se presumieron ciertos los hechos de la demanda susceptibles de ser demostrados a través de este medio, entre otros: que el demandado prestó sus servicios laborales a la accionada, en el cargo de Asesor Comercial Jornada Flexible Zona 1 Cial BCO; que

el trabajador no asistió a laborar el 22 de enero del 2021, fecha en que el trabajador, para justificar su inasistencia por medio de su correo electrónico envió incapacidad médica a la entidad financiera; pero no arrimó la evidencia de que Emermédica remitiera la misma a través de correo electrónico por medio del cual aduce fue allegada por la entidad, tornándose injustificada tanto su ausencia, como la presentación de aquélla cuando quiera que no corresponde a la realidad.

Y es que, de manera indiscutida, la confesión ficta por tratarse de una confesión legal admite prueba en contrario, entonces, si con los medios de convicción allegados al proceso el juzgador encuentra una conclusión contraria a la que fuere objeto de tal consecuencia, con arreglo al artículo 61 del CPTSS, sobre libre formación del convencimiento, puede apartarse de ella, siendo perfectamente válida su decisión. Por manera que corresponde a la parte afectada con la reseñada confesión, desvirtuar los hechos que se tuvieron por demostrados, de no hacerlo, necesariamente tendrá esa consecuencia desfavorable.

Bajo este entendimiento y como quiera que le correspondía al demandado Jorge Enrique Rodríguez Cortés desvirtuar la presunción que sobre ella recayó por su conducta contumaz en la audiencia de conciliación e interrogatorio de parte, y no lo hizo, necesariamente quedó vigente la consecuencia impuesta, con mayor razón, cuando en el plenario no existe medio probatorio alguno que pueda respaldar una conclusión contraria a la presumida.

Con todo, debe indicarse que los elementos de persuasión allegados detallan con claridad que el actor no solo justificó su inasistencia a su lugar de trabajo, sino que con miras a acreditar un motivo para tal fin, allegó constancia de incapacidad médica expedida presuntamente por Emermédica S.A., que no corresponde a la realidad y, por ende, carece de toda autenticidad, de cara al acervo probatorio que se extracto, entre otras, la comunicación que remitió dicha entidad y que no desconoció el demandado en este proceso especial, pues no apuntó a desconocerlo o tacharlo de falso, ante la carencia de contestación de la demanda, quien señaló la falta de legitimidad en la expedición de tal orden médica.

Así las cosas, acreditado que el demandado incurrió en las causales que endilga la entidad financiera, pues violó las obligaciones y prohibiciones especiales que le incumben, al no asistir a laborar el 22 de enero de 2021 y pretender justificar su inasistencia con una incapacidad médica que no tiene la suficiente autenticidad, con lo cual quebrantó la confianza que su empleador le otorgó al engañarlo con la presentación de un documento alejado de la realidad, con el ánimo de obtener un provecho indebido, como lo fue, se itera, excusarse bajo una condición médica que de cara al informe de Emermédica S.A. es inexistente; es claro que se configura la justa causa a que se refiere el artículo 410 literal b) del ordenamiento sustantivo laboral, por tanto, no se equivocó el cognoscente de primer grado al levantamiento del fuero sindical de que goza, así como conceder permiso para despedirlo.

Como resultado de lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primer grado. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

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 28 de septiembre de 2021, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: LUBIN DARIO VEGA PLATA
Demandada: COOSEGURIDAD CTA.
Radicado No.: 110013105-008-2019-00574-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. Lubin Darío Vega Plata instauró demanda ordinaria contra la Cooperativa de Trabajo Asociado de Vigilancia y Seguridad Privada "COOSEGURIDAD C.T.A.", con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral, con fecha de iniciación el 22 de octubre de 2015 y terminación el 31 de enero de 2019. En consecuencia, se condene a la encartada al pago de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, cotizaciones a pensión, indemnización por despido sin justa causa, indemnización del artículo 65 del CST, auxilio de alimentación, lo descontado para el Fondo de Previsión Jurídica con intereses, lo descontado por aportes a capital con intereses; de manera subsidiaria, se le reconozca y pague las sumas causadas por Fondo de Retiro, Descanso Anual, Fondo de Previsión Jurídica, Aportes a Capital, los intereses legales sobre lo adeudado, lo ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que empezó a laborar para la sociedad demandada el 09 de mayo del 2015, mediante contrato de asociación a término indefinido, desempeñando de manera personal el cargo de Guarda de Seguridad, con un salario mensual de \$1.391.600; que desempeñó su labor de manera personal al punto de ser felicitado por su labor y gestión; que era enviado a laborar a diferentes sitios por órdenes e instrucciones de la demandada; que igualmente prestó sus servicios para la entidad demandada; que a finales del 2016 fue diagnosticado con ataques epilépticos; que el 9 de mayo de 2017 elevó solicitud ante Cooseguridad CTA para la asignación de turnos, ya que se había desmejorado su salario por los pocos turnos que le asignaban; que en escrito del 19 de septiembre de 2017 solicitó al Departamento de Operaciones abrir investigación sobre un hecho sucedido el 18 de septiembre de 2017, en el cual fue víctima de malos tratos por parte del supervisor; que mediante resolución No 0765 del 30 de octubre de 2017 el Consejo de Administración de Cooseguridad CTA lo excluye de la cooperativa, alegando supuestos

actos de indisciplina; que el 5 de septiembre de 2018 mediante resolución No 093 de 2018, modifica la resolución No 0765 de 2017, en el sentido de excluirlo por quince días; que mediante resolución No 04 de 2018 se confirma la decisión tomada en la resolución 093 de 2018; que el 11 de octubre de 2018 colocó en conocimiento de recursos humanos el acto reprochable e indignante ocurrido el 09 de octubre de 2018, en la que uno de los directivos le quita el teléfono celular y se lo tira al piso; que el 1 de noviembre de 2018 le manifestó por escrito a la entidad demandada de algunas situaciones donde le impidieron ingresar a laborar; que mediante resolución No 0532 de 2018 Cooseguridad CTA decide suspenderlo por 30 días, apoyándose en comentarios no corroborados y suposiciones en su contra, decisión que fue confirmada a través de resolución No 0569 de 2018; que el 21 de diciembre de 2018 radicó reclamación administrativa por despido indirecto; que mediante resolución No 022 del 31 de enero de 2019 Cooseguridad CTA lo retira de la Cooperativa, haciéndole entrega de la liquidación del contrato; que nunca asistió a reuniones donde se debata los manejos de la Cooperativa, así como tampoco tuvo voz y voto sobre las decisiones administrativas de la Cooperativa. (Pág. 3 a 13).

2. Contestación de demanda. Al contestar la demanda, la Cooperativa de Trabajo Asociado "COOSEGURIDAD CTA", se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento de que entre las partes nunca se acordó un contrato de trabajo, y por lo tanto, no es posible acceder a las acreencias reclamadas propias de un contrato de trabajo; frente a las pretensiones subsidiarias adujo que los derechos económicos reclamados fueron devueltos en su debida oportunidad, y en todo caso al momento del retiro; que en la Cooperativa no existe la figura del despido, y además lo que aconteció fue el retiro del demandante de manera voluntaria. Como excepciones de mérito rotulo las de tener la demandada la calidad de Cooperativa de Trabajo Asociado CTA y el demandante de trabajador asociado, inexistencia de un contrato de trabajo entre las partes, las Cooperativas de Trabajo Asociado se rigen por estatutos y reglamentos no por el Código Sustantivo del Trabajo, cobro de lo no debido, las relaciones entre las partes fueron actos cooperativos, los documentos anexos prueban que los hechos sobre los que se basan las pretensiones de la demanda no son ciertos, participación del demandante en procesos electorarios, el propio demandante en los hechos de la demandan reconoce su vinculación asociativa a la demandada, y la demandada pagó los aportes a la seguridad social de conformidad con la ley y el régimen de trabajo asociado (Fols. 149 a 170).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de agosto del 2020, en la que la falladora absolvió a COOSEGURIDAD CTA de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante Lubin Darío Vega Plata, declarando probadas las excepciones de tener la demandada la calidad de Cooperativa de Trabajo Asociado CTA y el demandante de trabajador asociado, inexistencia de un contrato de trabajo entre las partes y cobro de lo no debido. Finalmente, se abstuvo de condenar en costas.

Para arribar a tal decisiva, adujo que el demandante ejerció el cargo de vigilante o guarda de seguridad para la CTA demandada en calidad de asociado o cooperado; que a pesar de que obran llamados e imposición de sanciones disciplinarias, tales circunstancias no configuran la existencia del contrato de trabajo, resaltándose que el material probatorio resultó precario a efectos de constatar la alegada subordinación, máxime cuando el demandante confesó en el libelo gestor haber suscrito un contrato de asociación con la cooperativa demandada, igualmente el demandante asistía a las asambleas de la cooperativa y contaba con la posibilidad de participar en la elección de delegados, lo que denota que el demandante desde el comienzo conocía la forma de vinculación, la legislación y naturaleza del trabajo asociado.

Que la afiliación a la seguridad social y cotizaciones por parte de la Cooperativa no constituye un elemento de prueba sobre la existencia de un contrato de trabajo, ya que para que ello fuera así, debía ser acompañadas con otros medios de convicción que corroborara o permitieran acreditar de forma efectiva la existencia de un contrato de trabajo.

En síntesis manifestó que con las pruebas aportadas se demostró que la prestación del servicio por parte del actor fue como trabajador cooperado, es decir, como asociado a la Cooperativa demandada, y no por un contrato de trabajo, quedando sin vocación de prosperidad las pretensiones, declarando probadas las excepciones de tener la demandada la calidad de Cooperativa de Trabajo Asociado CTA y el demandante de trabajador asociado, inexistencia de un contrato de trabajo entre las partes y cobro de lo no debido.

En lo que respecta a las pretensiones subsidiarias, esto es, el pago de los emolumentos causados entre el 22/10/2015 al 31/01/2019 por concepto de fondo de retiro, descanso anual, fondo de previsión jurídica, aportes a capital e intereses de mora sobre estos conceptos, consideró que los mismos fueron cancelados o pagados al finalizar su vínculo cooperativo, sin que se adeude suma alguna por esos conceptos. (Fol. 265 a 267 con Cd de audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. No se presentó recurso de alzada por las partes, por lo cual se envió el proceso para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante.

5. Alegatos de conclusión. La entidad demandada solicita que se confirme la decisión de instancia, ya que no quedó acreditado la existencia de la relación laboral, al contrario, se demostró que el demandante fungía como cooperado de Cooseguridad CTA.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se estudiará la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, por haber sido adversa a sus intereses, de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico** ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo o, por el contrario, la demandada logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral dentro de los extremos temporales solicitados en la demanda?

i) Relación laboral

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

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma

sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

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

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada"* (criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en el período comprendido entre el 22 de octubre del 2015 hasta el 31 de enero de 2019. Afirmación frente a la cual la demandada aduce que en efecto se presentó la prestación del servicio a favor de la Cooperativa de Trabajo Asociado "COOSEGURIDAD CTA" en el lapso allí indicado, pero que no lo fue a través de una relación laboral sino con ocasión a un acuerdo cooperativo de trabajo asociado.

Así mismo, de la documental de folio 171 a 173 obra solicitud de admisión como trabajador asociado, y a folio 55 y 207 obra liquidación de haberes cooperativos y certificación, donde se hace alusión a que el señor LUBIN DARIO VEGA PLATA, prestó sus servicios en la Cooperativa COOSEGURIDAD CTA desde el 22 de octubre de 2015 hasta el 30 de enero de 2019 como Guarda de Seguridad, lo que lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, lo que da lugar a la inversión de la carga de la prueba, en donde la entidad encartada deberá desvirtuarla de manera fehaciente, controvirtiendo la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "onus probandi", *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"* (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de *"reus, in excipiendo, fit actor"*, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016), situación que no sucedió en el presente litigio, toda vez que la pasiva no logró desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST.

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tienen aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citados por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T, y pregonar que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de suficiente peso y solidez para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

En este mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3436 de 2021, aborda el marco jurídico y jurisprudencial respecto de la

contratación a través de cooperativas de trabajo asociado, precisando ciertas características especiales, como a continuación se detalla:

"una característica principal de tales entes es que sus asociados gozan de plena autonomía técnica, administrativa y financiera en la prestación de sus servicios, y por ello no se rigen por la legislación sustantiva y ordinaria laboral.

(...)

a través de las precooperativas y cooperativas de trabajo asociado las personas trabajadoras deben contar siempre con la libertad de asociarse o no y acordar libremente la contribución coordinada de sus aportes, bien sean económicos, en bienes, servicios o fuerza de trabajo, a fin de prestar un servicio especializado e incorporarse en el sector productivo de trabajo.

(...)

la Corporación no desconoce que la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, pero dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada, que fue lo que ocurrió en el sub judice; así también se ha reiterado en múltiples ocasiones".

De otra parte, en la sentencia SL1089 de 2018, en un caso de similares contornos al *sub judice*, en la que la discusión no se centró en la intermediación laboral, sino en la declaratoria del contrato de trabajo con la Cooperativa de trabajo asociado, quedó dicho:

*"Al margen de lo anterior y con independencia de los resultados particulares del presente caso, conviene rememorar lo dicho por la Sala en la sentencia CSJ SL, 6 dic. 2006, rad. 25713, reiterada en la CSJ SL, 26 en. 2010, rad.32623, en un asunto en el que igualmente se pretendía la declaratoria de una relación laboral con la cooperativa, **y se adocrinó que en estos eventos deba acreditarse plenamente una subordinación estrictamente laboral**, que no es dable delegarla en las empresas usuarias".*

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021 y SL3436-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un *"haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta"*

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompañan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ

SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que la Cooperativa de Trabajo Asociado de Vigilancia y Seguridad Privada no logró derruir la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada, pues no arrimó ninguna prueba testimonial que permita enervar tal presunción, quedándose solo con la prueba documental, de la cual, muy al contrario de las aseveraciones de la a quo, la Sala encuentra que no desvirtúan la subordinación laboral, sino que confirman su existencia, a saber:

A folio 195 obra oficio del 7 de junio de 2016 en el que el señor Alcibíades Manosalva Vargas, como Coordinador de turno se dirige al señor Eduardo Pérez Ortega en calidad de Coordinador Operativo de Cooseguridad CTA, solicitando el traslado del aquí demandante, esgrimiendo las siguientes razones:

"cuando esta de recorrido la mayoría de tiempo permanece en la caseta diamante 9, evade el puesto asignado trasladándose a otras zonas; cuando es enviado por monitoreo a conocer algún caso no verifica subestimando la información y colocando en riesgo que se presente alguna novedad manifestando que son residentes; cuando presta el servicio de recorrido hace corrillos con los compañeros dando mala imagen y descuidando el puesto; cuando se le modula por el medio de comunicación radio responde de forma agresiva o no contesta; no utiliza de forma adecuada los elementos de servicio usando chaqueta color azul que no pertenece a cooseguridad, manifestando que siempre la ha utilizado, es de anotar que se le hacen llamados de atención y hace caso omiso"

Igualmente, a folio 202 obra otra comunicación del Coordinador de Personal al Jefe de Operaciones, en el que se hace un informe de la situación presentada el día 23 de julio de 2018, frente a un relevo de servicios, en los siguientes términos:

"no es la primera vez que dicho asociado ha incurrido en esta clase de faltas mostrándolo el inconformismo cuando es nombrado para cubrir algún servicio externamente, trastornando el normal desarrollo del servicio.

De esta actitud de desacato fueron testigos los señores Sarmiento Gómez Omar y Chavarro Ariel Felipe que también se encontraba disponible en la portería.

Pese a que se le comento al señor asociado Vega que debía trasladarse a su EPS el no acato las instrucciones y manifestó terminaría el turno en la sede"

Del mismo modo a folio 203 milita memorando interno dirigido al actor, en el que le llaman la atención *"por el inconformismo con el servicio prestado por usted"*, más adelante se le expresa: *"El Departamento de operaciones le hace un nuevo llamado de atención con el fin de que mejore su comportamiento en los puestos de trabajo que se le consiguen. Su conducta a la fecha es violatoria de los deberes que tiene como trabajador asociado"*.

Obra también la resolución No 04 de 2018 que confirmó la resolución No 093 de 2018, mediante la cual se le suspendió en el ejercicio de sus derechos cooperativos- sección trabajo, por el lapso de quince días (Fol. 20); e igualmente, resolución No 0532 de

2018 (Fols. 34 a 36) en la que se suspendió al actor por el lapso de treinta días, decisión confirmada a través de la resolución No 0569 de 2018 (fol. 37 a 39).

De lo expuesto fluye inequívoca la prestación personal del servicio subordinado a través del personal directivo de la Cooperativa de Trabajo Asociado Cooseguridad CTA, desdibujándose en un todo los presupuestos de autogestión, autocontrol y autogobierno propios de una relación cooperativa, por lo que al contrario de lo deducido por la juez de primer grado, el hecho de que el actor haya ingresado a la Cooperativa a través de solicitud de él, no acarrea que la prestación del servicio se haya desarrollado de manera autónoma o que en la ejecución el accionante haya podido *“acordar libremente la contribución coordinada de sus aportes, bien sean económicos, en bienes, servicios o fuerza de trabajo, a fin de prestar un servicio especializado e incorporarse en el sector productivo de trabajo”*, ya que de la prueba documental atrás referida se desprende que recibía llamados de atención e instrucciones por parte de quienes eran superiores jerárquicos en la Cooperativa, al punto de que ellos eran quienes decidían el traslado y la asignación de turnos, incluso tenían la potestad de llamarle la atención para mejorar su comportamiento y prestación del servicio, notas características de una relación subordinada de empleador – trabajador que escapan de la órbita de una relación cooperativa.

Así mismo, el hecho de que el actor formalmente haya tomado la iniciativa de afiliarse a la Cooperativa y que bajo la autonomía de su voluntad haya firmado un formato sometiéndose a lo dispuesto en los estatutos de la cooperativa, no significa que deba tenerse como cooperado y se descarte la existencia de la relación laboral, pues precisamente allí es donde toma mayor relevancia el principio de la realidad sobre las formalidades, ya que como se deja entrever en el sub lite, el desarrollo de la fuerza laboral desplegada por el actor fue de carácter subordinada como cualquier vínculo laboral empleador- trabajador, lo que desdice que haya prestado sus servicios en calidad de asociado o cooperado de Cooseguridad CTA, aunado a que de ninguna probanza logra acreditarse por parte de la demandada, de que el actor en calidad de asociado hubiere participado en la toma de decisiones respecto de los excedentes que genere la cooperativa u otros aspectos propios del trabajo autogestionario, sin que la simple participación formal en la elección de delegados para el periodo 2016-2018 y 2018-2020 (Fols. 186 a 191) constituya probanza sólida para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo cooperado carente de subordinación resulta desatinado, cuando el hilo conductor de las probanzas recaudadas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva.

Además, otro aspecto probatorio que llama la atención de la Sala son las documentales adosadas a folios 64 a 102, en la que se hace saber la compensación ordinaria pagada al actor. Sobre ello fácil resulta deducir que, aunque el monto variaba mes a mes, no obstante, las partes aclararon que dependía de los turnos realizados, situación que denota un pacto de salario “por unidad de tiempo” entre las partes, modalidad contenida en el art. 132 del CST.

Concluyéndose de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiario el demandante no fue derruida, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con autogestión y autonomía, por el contrario, las probanzas desdibujan el supuesto vínculo cooperativo, por cuanto es

evidente que el accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en el lugar asignado por la accionada, en tanto su actividad estaba subordinada a los designios de quienes ejercían como coordinadores de Cooseguridad CTA.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación erró la Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes fue como asociado de la CTA Cooseguridad y en tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia recurrida.

Extremos temporales de la relación

Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 22 de octubre de 2015 hasta el 31 de enero de 2019. Sobre este aspecto se encuentra probado que el actor prestó sus servicios de forma continua desde aquella data, en tanto que, según se evidencia de la documental, no mediaron interrupciones superiores a 30 días, existiendo un vínculo lineal entre las partes desde el 22 de octubre del 2015 (CSJ Sala Laboral Rad 36897/10, Rad. 47590/16 y SL981/19).

El extremo final tampoco presenta complejidad, pues es la misma parte pasiva quien acepta los extremos temporales y anexa una certificación en la que aduce que el actor prestó sus servicios como GUARDA DE SEGURIDAD hasta el 30 de enero de 2019 (Fol 55), por tal razón, en lo que concierne a la fecha de terminación del vínculo laboral lo será dicha data.

Salario

Señaló la parte actora en el hecho cuarto de la demanda que devengó por la labor desempeñada la suma de \$1.391.600 mensuales, frente a lo cual la demandada señaló no ser cierto, pues lo devengado “correspondía al trabajo aportado” el que podía variar dependiendo del “numero de turnos que cumpliera durante el mes”, los cual se detallaban en los desprendibles presentados por el promotor del litigio.

Con este fin, se allegaron los desprendibles de pago de algunos de los meses laborados por el promotor del proceso, en los que se expone el número de turnos y el valor correspondiente (fol. 64 a 102), así como también, los desprendibles de pago de aportes a seguridad social (Fols. 208 a 233).

En consecuencia, esta Sala ha de tener como promedio salarial el indicado en los citados documentos, mismos que no fueron objeto de tacha de falsedad tampoco desconocidos por la accionada, y en los meses donde no se encuentre información de la remuneración habrá de tomarse el salario mínimo legal mensual vigente (SL16528-2016). En conclusión, las siguientes sumas serán las que se tengan en cuenta para liquidar las acreencias laborales a que haya lugar:

MES	2015	2016	2017	2018	2019
1		\$ 804.000,00	\$ 774.270,00	\$ 865.640,00	\$ 828.116,00
2		\$ 763.800,00	\$ 737.717,00	\$ 774.520,00	
3		\$ 763.800,00	\$ 860.300,00	\$ 781.242,00	
4		\$ 804.000,00	\$ 759.931,00	\$ 911.200,00	
5		\$ 723.599,00	\$ 737.717,00	\$ 781.242,00	
6		\$ 723.599,00	\$ 737.717,00	\$ 781.242,00	

7		\$ 804.000,00	\$ 737.717,00	\$ 781.242,00	
8		\$ 689.454,00	\$ 817.285,00	\$ 781.242,00	
9		\$ 723.599,00	\$ 774.270,00	\$ 781.242,00	
10	\$ 493.260,00	\$ 763.800,00	\$ 863.884,00	\$ 781.242,00	
11	\$ 751.000,00	\$ 777.200,00	\$ 737.717,00	\$ 781.242,00	
12	\$ 644.350,00	\$ 763.800,00	\$ 817.285,00	\$ 781.242,00	
TOTAL	\$ 1.888.610,00	\$ 9.104.651,00	\$ 9.355.810,00	\$ 9.582.538,00	\$ 828.116,00
PROMEDIO	\$ 821.134,78	\$ 758.720,92	\$ 779.650,83	\$ 798.544,83	\$ 828.116,00

Debe precisarse que se tuvo en cuenta como salario lo percibido como compensación extraordinaria, ya que de conformidad con el parágrafo 2° del artículo 3° del régimen de compensaciones (Fols. 103 a 107), constituyen un pago adicional a la compensación ordinaria que se otorga *"teniendo en cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento, la cantidad y calidad del trabajo aportado"*, criterios que se enmarcan en lo establecido en el artículo 127 del CST, es decir, constitutiva de salario por ser un emolumento que se otorga como contraprestación directa del servicio.

Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda el demandado al señor Lubin Darío Vega Plata, sin que haya lugar a estudiar la excepción de prescripción por no haberse propuesto en la contestación de la demanda.

Acreencias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas al actor, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

Auxilio de cesantía

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 fuese 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 se cumplen en el sub examine, pues en las planillas de pago se observa que fue cancelado como "auxilio de movilización", además que lo devengado no supera más de 3 SMLMV mensuales.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **\$2.818.706,08** por concepto de auxilio de cesantías entre el 22 de octubre de 2015 al 30 de enero de 2019.

MES	2015	2016	2017	2018	2019	TOTAL

1		\$ 894.000,00	\$ 860.940,00	\$ 962.540,00	\$ 925.148,00	
2		\$ 849.300,00	\$ 771.422,00	\$ 861.220,00		
3		\$ 849.300,00	\$ 956.600,00	\$ 822.042,00		
4		\$ 894.000,00	\$ 844.996,00	\$ 1.013.200,00		
5		\$ 804.599,00	\$ 800.412,00	\$ 852.642,00		
6		\$ 804.599,00	\$ 800.412,00	\$ 837.342,00		
7		\$ 894.000,00	\$ 800.412,00	\$ 867.942,00		
8		\$ 753.954,00	\$ 908.770,00	\$ 867.942,00		
9		\$ 804.599,00	\$ 860.940,00	\$ 862.842,00		
10	\$ 547.260,00	\$ 849.300,00	\$ 960.585,00	\$ 847.542,00		
11	\$ 841.000,00	\$ 864.200,00	\$ 785.867,00	\$ 837.342,00		
12	\$ 720.850,00	\$ 849.300,00	\$ 908.770,00	\$ 786.342,00		
TOTAL	\$ 2.109.110,00	\$ 10.111.151,00	\$ 10.260.126,00	\$ 10.418.938,00	\$ 925.148,00	
PROMEDIO	\$ 917.004,35	\$ 842.595,92	\$ 855.010,50	\$ 868.244,83	\$ 925.148,00	
CESANTIAS	\$ 175.759,17	\$ 842.595,92	\$ 855.010,50	\$ 868.244,83	\$ 77.095,67	\$ 2.818.706,08

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. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$312.715,57** por concepto de intereses a las cesantías causados.

CONCEPTO	2015	2016	2017	2018	2019	TOTAL
CESANTIAS	\$ 175.759,17	\$ 842.595,92	\$ 855.010,50	\$ 868.244,83	\$ 77.095,67	\$ 2.818.706,08
% CESANTIAS	\$ 4.042,46	\$ 101.111,51	\$ 102.601,26	\$ 104.189,38	\$ 770,96	\$ 312.715,57

Sanción por no pago de intereses a las cesantías

Cumple recordar que de conformidad con el numeral 3 del artículo 1º de la Ley 52 de 1975, el empleador que no pague al trabajador los intereses establecidos deberá cancelarle a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses a las cesantías causados. En tal virtud, y como quiera que no fue cancelado en término ni a la culminación del laborío los intereses a las cesantías a los

que tenía derecho el aquí demandante, se condenará a la llamada a juicio al pago de **\$312.715,57** a título de indemnización.

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 el lapso trabajado.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$2.563.310,4** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Total (salario)		Salario diario	Días	Valor prima
dic-2015	\$821.134,78		\$27.371,15	5.75	\$ 157.384,16
Jun- dic 2016	\$758.720.92		\$ 25.290,69	30	\$ 758.720,92
Jun- dic 2017	\$779.650,83		\$ 25.988,36	30	\$ 779.650.83
Jun- dic 2018	\$798.544,83		\$ 26.618,16	30	\$ 798.544,83
01/01/2019-30/01/2019 Terminación contrato	\$828.116		\$ 27.603,86	2.5	\$ 69.009,66
Total Prima de servicio					\$ 2.563.310,4

Valga precisar que si bien es cierto en el régimen de compensaciones se establece en el artículo 10 las prestaciones cooperativas, y en aquella se detalla la prima semestral, debe decirse que la misma es un ahorro que se acumula en un fondo mensualmente por el asociado, cuya deducción mensual es de la asignación devengada mensualmente, tal como se desprende de los desprendibles de pago, razón por la cual, tal prestación no reemplaza la prima aquí condenada, ya la prima de servicios del CST es a cargo del empleador.

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$1.354.889,79** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 05/09/2000				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
22/10/2015 a 21/10/2016	22/10/2017	\$ 828.116	360	\$ 414.058
22/10/2016 a 22/10/2017	22/10/2018	\$ 828.116	360	\$ 414.058
22/10/2017 a 22/10/2018	22/10/2019	\$ 828.116	360	\$ 414.058
22/10/2018 a 30/01/2019	Terminación del Contrato	\$ 828.116	98	\$ 112.715,79
Total vacaciones				\$ 1.354.889,79

Valga precisar que si bien es cierto en el régimen de compensaciones se establece en el artículo 10 las prestaciones cooperativas, y en aquella se detalla la descanso anual Cooperativo, debe decirse que la misma es un ahorro que se acumula en un fondo mensualmente por el asociado, cuya deducción mensual es de la asignación devengada mensualmente, tal como se desprende de los desprendibles de pago, razón por la cual, tal prestación no reemplaza las vacaciones aquí condenadas, ya la misma de conformidad con el CST es a cargo del empleador.

Indemnización moratoria

Respecto a esta pretensión 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 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 existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un acuerdo cooperativo, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuenta, sin mayores discusiones, que el dador de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor a través de la citada forma de vinculación, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló el actor a favor de la llamada a juicio, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como asociado de la CTA y autogestionario, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanción que persigue la parte actora.

En consecuencia, se entrará a cuantificar la indemnización citada:

- Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses de finalizada la relación (folio 138, acta de reparto del 22 de agosto de 2019), en consecuencia, se deberá condenar a la encartada a pagar a favor del señor Lubin Darío Vega Plata el valor de \$27.603,86 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 01 de febrero del 2019 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta que se efectuó el pago total de las acreencias adeudadas. Aclarando que para la fecha de terminación de la relación laboral el señor Lubin Darío Vega Plata devengaba un salario mensual de **\$828.116** tal como se expuso.

Lo anterior con fundamento en lo dispuesto en la sentencia C- 781 de 2003 y el principio de favorabilidad en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Indemnización por despido sin justa causa

El demandante argumentó en su libelo introductor que se dan las condiciones para que sea condenada a la encartada al pago de la citada indemnización, en tanto que se acreditó un despido indirecto.

Sobre tal semblante, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014) .

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral, sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra

Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia Radicado No. 5272 de 1993, reiterada en Radicado No. 41490 de 2011 y SL 18344 de 2016, ha señalado con respecto al despido indirecto producto de la renuncia del trabajador lo siguiente:

“El despido indirecto o auto despido producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST y, aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador; pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él le corresponde el deber de probarlos; situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados”

En el sub examine, debe decir la Sala que la relación laboral existente entre las partes, finiquitó por la renuncia presentada por aquél (folios 45 a 49), en donde de manera sucinta se plantea que su renuncia no obedece a una decisión libre sino por presiones por parte del empleador debido a su enfermedad, acoso laboral y actos de discriminación por su estado de salud.

Tal renuncia fue aceptada por la entidad demandada (Fol. 54), pero con la salvedad de que debe entenderse como retiro voluntario de la Cooperativa, y que la Cooperativa de ninguna manera acepta las razones que expone el actor, *“máxime cuando se encuentra incurso en procedimientos disciplinarios por considerar que violó sus deberes como trabajador asociado”*.

No puede esta Sala acoger la posición del actor, tendiente a estructurar la renuncia provocada con fundamento en manifestaciones genéricas de acoso laboral, “burlas, agresiones o menos precios en público”, dado que ninguna probanza se allegó por parte del actor al diligenciamiento, al contrario, como se expresó al inicio de esta providencia, se allegaron sendas resoluciones en la que la Cooperativa procede a dar aplicación al régimen sancionatorio, y de ninguna manera puede esta Colegiatura entrar a verificar si tales conductas se presentaron o no, o que las mismas hayan dado lugar a motivar la renuncia, pues no se cuenta con ninguna prueba que conlleve a poner a la palestra tal situación, por lo que, la terminación de la relación laboral se tendrá como renuncia voluntaria al cargo que Guarda de Seguridad que venía ocupando el demandante en Cooseguridad CTA.

Como puede verse, el demandante en el asunto de autos no cumplió con su carga de la prueba, esto es, demostrar que su renuncia obedeció a una supuesta presión o coacción que ejerció por parte del empleador, o que este haya incurrido en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST.

Aportes al sistema integral de seguridad social a cargo del empleador

Sobre este tópico pretende el demandante “*las cotizaciones en pensión en la administradora de fondos de pensiones donde se encuentre afiliado*”

En lo relacionado con los aportes para pensión, los mismos resulta procedentes y son imprescriptibles, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la SL13207-2015, que reiteró la SL7885-2015, en los siguientes términos:

"Lo anterior, también aplica a los eventos en los cuales el Juez declara la existencia de un contrato de trabajo, pues esa decisión judicial -salvo que el trabajador hubiese demandado algo diferente, por ejemplo, pago de una pensión sanción, indemnización de perjuicios por omitir la afiliación, etc.- indefectiblemente conlleva la obligación de realizar aportes al régimen pensional al cual pertenecía o estaba afiliado el demandante -en el sub examine el de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S. hoy «COLPENSIONES»-, sin que sea dable pensar siquiera, que el trabajador se vea obligado a iniciar un nuevo proceso persiguiendo el pago de tales aportes, pues tal objetivo se cumple cuando la jurisdicción declara la existencia del contrato realidad".

Frente a los aportes al sistema integral de seguridad social en salud, tiene adoctrinado la Corte en sentencia SL1064-2018, que:

"Frente a los aportes al sistema de salud, esta sala de la Corte ha establecido que su pago resulta obligatorio, así no se hubiera disfrutado el servicio, debido al carácter contributivo del sistema, a la necesaria financiación de cuentas de solidaridad como la del FOSYGA y a la posible afectación de las prestaciones que debe reconocer el sistema (Ver CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, CSJ SL1457-2015, CSJ SL9373-2015, CSJ SL14385-2015, CSJ SL15439-2015)".

Conforme lo anterior, dado que en el sub examine se declaró la existencia de una verdadera relación laboral entre el demandante y la enjuiciada, indefectiblemente le compete a la demandada en calidad de ex empleador asumir el pago integral de los aportes al sistema general de pensiones y salud, tal como quedó sustentado en el criterio jurisprudencial atrás vertido, aúnese a lo anterior, que de conformidad con el artículo 22 de la ley 100 de 1993 debe responder por la totalidad del aportes, incluido el porcentaje que le hubiere correspondido al trabajador.

Así las cosas, como para los periodos en la que estuvo vigente el contrato de trabajo se encontró que el IBC reportado en la planilla de folios 208 a 233 es inferior al salario que devengó el accionante en algunos meses, habrá de ordenarse a la Cooperativa COOSEGURIDAD CTA que proceda con el pago de los aportes con base en las diferencias en el mismo, teniendo en cuenta el siguiente salario para cada una de los meses, en donde se encuentra que el IBC es superior al SMLMV:

MES/AÑO	2015	2016	2017	2018
1		\$ 804.000,00	\$ 774.270,00	\$ 865.640,00
2		\$ 763.800,00		\$ 774.520,00
3		\$ 763.800,00	\$ 860.300,00	
4		\$ 804.000,00	\$ 759.931,00	\$ 911.200,00
5		\$ 723.599,00		

6		\$ 723.599,00		
7		\$ 804.000,00		
8			\$ 817.285,00	
9		\$ 723.599,00	\$ 774.270,00	
10		\$ 763.800,00	\$ 863.884,00	
11	\$ 751.000,00	\$ 777.200,00		
12		\$ 763.800,00	\$ 817.285,00	

Auxilio de transporte y alimentación

Sobre este concepto, tal como se dijo en el acápite de cesantías, en la planilla de pagos se relaciona tal concepto como “auxilio de movilización”, el cual incluso supera en monto al auxilio de transporte legal, y por lo tanto no se impondrá condena al respecto, precisando que en algunos periodos su valor mensual es inferior al legal, pero no hay lugar al reajuste o pago de la diferencia en la medida en que tal auxilio podía variar mensualmente dependiendo de los turnos que debía cumplir el actor, pero se itera, la base diaria es superior a la que corresponde el auxilio de transporte legal.

Lo mismo ocurre con el auxilio de alimentación, el cual, tal como se constata en el artículo 9 del régimen de compensaciones, consiste en un reconocimiento que no constituye retribución del trabajo, y el mismo se encuentra sufragado mes a mes tal como consta en las planillas de pagos de folios 64 a 102, sin que el actor haya colocado en discusión de que debía ser un mayor valor o que en algunos periodos no se hubiere reconodio, además que se trata de un concepto que varía mes a mes, y por ende, le competía a la parte actora demostrar que la entidad empleadora le canceló deficitariamente o que para algún lapso se dejó de reconocer, sin que hubiera procedido de conformidad, en consecuencia, se itera que ante la pretensión genérica de su reconocimiento por el lapso laborado, no puede la Sala entrar a suponer o hacer cálculos sin tener un medio de convicción que lleve a imponer alguna condena.

Fondo de previsión jurídica, aportes a capital e intereses causados

Sobre estos conceptos, aduce el demandante que deben devolverse, no obstante, aprecia la Sala que a folio 55 y 56 se encuentra su relación y consignación en el banco BBVA, prueba por demás aportada por la parte actora, razón más que suficiente para despachar de manera negativa esta pretensión, aunado a que, si lo pretendido era que debía devolverse un mayor valor, acota la Sala que le correspondía a la parte actora demostrar en que meses o anualidades se presentó alguna inconsistencia en la deducción de tal concepto sobre su remuneración, máxime que se otea que son valores variables y por ende, no puede la Sala con meras suposiciones entrar a verificar si corresponden o no a lo previsto en el régimen de compensaciones, además que son conceptos que no guardan relación con las prestaciones del CST.

Indexación

La solicitud de indexación sobre las prestaciones sociales se negará ante la prosperidad de la indemnización moratoria. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles, tal y como se señaló en sentencia SL2695-2019. Sin embargo y como quiera que las vacaciones y la sanción por no pago de los intereses a las cesantías, no están cubiertas por la indemnización moratoria, ante su devaluación esta deberá ser indexada al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 01 de febrero de 2019 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

Costas

En ambas instancias a cargo de la parte demandada y en favor de la demandante, por salir avante el recurso de apelación propuesto.

DECISIÓN

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 13 de agosto del 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a la entidad demandada de las suplicas del actor, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **LUBIN DARIO VEGA PLATA** y la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA COOSEGURIDAD CTA** entre el 22 de octubre de 2015 al 30 de enero de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA COOSEGURIDAD CTA** a pagar a la señora **LUBIN DARIO VEGA PLATA** las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$2.818.706,08**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$312.715,57**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$312.715,57**, por concepto de sanción por no pago oportuno de los intereses sobre el auxilio de cesantía, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 01 de febrero de 2019 y como IPC final al momento de su pago.
- d) **\$2.563.310,4**, por concepto de prima de servicios.
- e) **\$1.354.889,79**, por concepto de vacaciones, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 01 de febrero de 2019 y como IPC final al momento de su pago.
- f) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., el valor de **\$27.603,86** correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 01 de febrero del 2019 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA COOSEGURIDAD CTA** a pagar la diferencia de los aportes en favor del señor **LUBIN DARIO VEGA PLATA**, con destino a la entidad de seguridad social donde se encuentre afiliado el actor para los riesgos de pensión y salud, teniendo en cuenta como IBC los siguientes:

MES/AÑO	2015	2016	2017	2018
1		\$ 804.000,00	\$ 774.270,00	\$ 865.640,00
2		\$ 763.800,00		\$ 774.520,00
3		\$ 763.800,00	\$ 860.300,00	
4		\$ 804.000,00	\$ 759.931,00	\$ 911.200,00
5		\$ 723.599,00		
6		\$ 723.599,00		
7		\$ 804.000,00		
8			\$ 817.285,00	
9		\$ 723.599,00	\$ 774.270,00	

10		\$ 763.800,00	\$ 863.884,00	
11	\$ 751.000,00	\$ 777.200,00		
12		\$ 763.800,00	\$ 817.285,00	

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **LUBIN DARIO VEGA PLATA**.

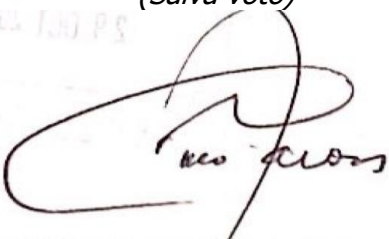
QUINTO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA COOSEGURIDAD CTA**. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandada. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

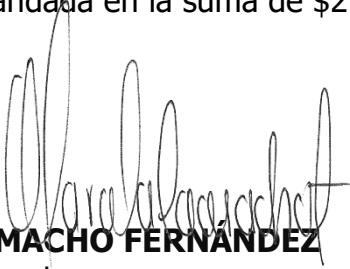

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)


LUÍS 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-

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **LUBIN DARIO VEGA PLATA** y a cargo de la demandada en la suma de \$2.500.000.


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **BENJAMIN RAMIREZ MORA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **110013105-011-2019-00481-01**
ASUNTO: **CONSULTA**
TEMA: **RECONOCIMIENTO PENSIONAL- ACTO**
LEGISLATIVO 01 DE 2005

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. SIMON ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor BENJAMIN RAMIREZ MORA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral en contra de COLPENSIONES, con el fin que se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición y con aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 29 de junio de 2008, el retroactivo, lo ultra y extra petita, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que cumplió 60 años de edad el 29 de junio de 2008; que para el 1 de abril de 1994 tenía acreditado 580 semanas cotizadas y 45 años de edad, lo que lo hace beneficiario del régimen de transición; que en toda su vida laboral tiene cotizadas 820 semanas; que Colpensiones en varias oportunidades le ha negado la pensión de vejez; que le asiste derecho a la pensión de vejez por acreditar los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, sobre un salario mínimo legal. (Fols. 2 a 10 Archivo No 1 Expediente digital)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 69); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación:

COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que, si bien el actor inicialmente era beneficiario del régimen de transición, no logro extender tal prerrogativa hasta el 31 de diciembre de 2014, dado que solo contaba con 621.11 semanas al 31 de julio de 2005, igualmente que de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 solo acredita 711 semanas de las cuales 65.74 semanas son en los últimos 20 años anteriores a los 60 años; asimismo acredita 820 semanas en toda su vida laboral y se necesitan 1.300 semanas para adquirir la pensión con la ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (Fols. 44 a 60 Archivo No 01 Exp. Digital).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado, negando las pretensiones de la demanda, gravando en costas a la parte demandante (fls. 1 a 3 con archivo No 10 y audiencia virtual archivo No 9).

Como argumento de su decisión, expresó que lo reclamado era el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 26 de junio de 2008, con aplicación del régimen de transición y bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990, ante lo cual, previa acotación de la normatividad que rige en torno al tema, indicó que al 1º de abril de 1994 cumplía más de 45 años, lo que lo hace inicialmente beneficiario del régimen de transición; no obstante, no pudo extender el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 1994, dado que al 25 de julio de 2005 acreditó 584.72 semanas.

Que, para hacerse merecedor de la pensión de vejez bajo el régimen de transición, sin aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, debía acreditar los requisitos antes del 31 de julio de 2010, los cuales no acredita, pues si bien la edad de 60 años los cumplió el 29 de junio de 2008, para esa calenda contaba con 661.88 semanas, de las cuales 4.29 fueron cotizadas en los últimos 20 años anteriores a la edad mínima, esto es, entre el 29 de junio de 2008 y el 29 de junio de 1988.

Que, en gracia de discusión, obviando la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, tampoco logra acreditar las 1.000 semanas antes del 31 de diciembre de 2014, en ese orden, tampoco acredita la densidad mínima de semanas del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión no fue recurrida por las partes procesales, por lo que se envió al Tribunal para su revisión en el grado

jurisdiccional de consulta en favor del demandante por haber sido adversa la decisión a sus intereses.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones. Solicitó que se confirme en su totalidad la decisión del a quo, ya que no cumple los requisitos para optar por la prestación solicitada, en concreto la densidad de semanas que exige el Acto Legislativo 01 de 2005.

6.2 Demandante. Aduce que debe revocarse la decisión y concederse la prestación incoada, en la que se de aplicación a la sentencia C-168 de 1995 en lo referente a los derechos adquiridos, expectativa laboral y pensión de jubilación.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿El demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993?, en caso afirmativo, (ii) ¿Hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990?

PENSION ACUERDO 049 DE 1990- REGIMEN DE TRANSICIÓN

Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que el demandante nació el 29 de junio de 1948 (fol. 17); (ii) Que el 30 de junio de 2008 solicitó la pensión de vejez, pero le fue negada a través de resolución No038403 del 29 de agosto de 2008, con fundamento en que *"no tiene el requisito de semanas cotizadas"* (Fol. 11); (iii) Que en la última historia laboral actualizada al 2019 acredita 820.43 semanas en toda su vida laboral, desde el 01 de enero de 1967 hasta el 31 de enero de 2014 (Fol. 1 a 1 Archivo Historia laboral). Así las cosas, el punto neural del debate se centra en determinar si le asiste derecho al actor al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, a la luz del régimen de transición y con aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1º de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicios cotizados, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraban afiliados solo en tanto tiene que ver con los requisitos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la mesada pensional, ello con el objetivo de mantener la supervivencia de normas especiales y preexistentes a la Ley creadora del Sistema de Seguridad Social Integral.

Sobre este punto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 38476 de 2012, puntualizó: *"El régimen de transición en materia de pensiones, introducido al ordenamiento jurídico nacional en época relativamente reciente, es un mecanismo que atenúa el rigor del principio de la aplicación general e inmediata de la ley. Es un beneficio para los trabajadores antiguos que, para la fecha de la entrada*

en vigencia de la ley nueva, no han accedido aún al derecho que se trata. Consiste en aplicar la legislación anterior, lo que de suyo es algo excepcional, y por lo mismo, de rigurosa aplicación restringida”.

Respecto al régimen de transición pensional, cumple precisar la diferencia entre derechos adquiridos y meras expectativas, pues mientras los primeros comportan situaciones individuales y subjetivas que se han creado, definido o consolidado bajo el imperio de una Ley y por lo mismo no serán afectados por los cambios legislativos; las meras expectativas, en contraste, consisten en la probabilidad de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y de equidad desarrollados en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional como en las sentencias C-242 de 2009, C-258 de 2013 y SU-555 de 2014.

Al respecto del Acto Legislativo 01 de 2005, baste traer a colación la sentencia SL2352-2021, en la que la Corte es enfática en decir que no es posible dejar de aplicar el mencionado acto haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad, tampoco bajo el principio de favorabilidad, y menos, en virtud de la condición más beneficiosa, así:

En cuanto a la excepción de inconstitucionalidad dijo la Corte:

"de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia de la Sala ha establecido que no es posible dejar de aplicar el contenido del Acto Legislativo 01 de 2005 por vía de excepción de inconstitucionalidad, dada precisamente su categoría supralegal (CSJ SL2570-2019, CSJ SL1347-2019, CSJ SL4602-2019 y CSJ SL2565 de 2020), y que las reformas incorporadas a través de dicha normativa garantizan el respeto al principio de progresividad”

En lo tocante a la condición más beneficiosa, tiene dicho:

"Ahora, respecto a la posible trasgresión del principio de la condición más beneficiosa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que la expresión «la ley, los contratos, los acuerdos y convenios del trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana, ni los derechos de los trabajadores» contenida en el artículo 53 de la Carta Política, hace referencia es a la protección de derechos adquiridos y no a las meras expectativas pensionales, respecto de las cuales el legislador tiene la potestad de reforma con los límites que le impone la propia Constitución (C-168-1995 y C-177-2005).

Además, esta Corporación ha precisado que aquel principio tiene relevancia cuando existe un cambio normativo y el legislador no previó un régimen de transición que salvaguarde los derechos próximos a consolidarse. Y en este caso sí existe tal régimen y es justamente su perdurabilidad la que se discute en el sub lite (CSJ SL1260-2020, SL3851-2020 y SL982-2021)”.

Finalmente, en cuanto al principio de favorabilidad, dijo:

"Y en lo que concierne al principio de favorabilidad, este parte del supuesto de la existencia de duda en la aplicación de dos normas vigentes, o en la interpretación de su contenido, caso en el cual debe acogerse la que sea más

favorable al afiliado o trabajador, que no es lo que acontece en este caso, puesto que el parágrafo 4.º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 es claro en su contenido y es una disposición especial y de rango superior respecto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL636-2020)“.

Bajo los anteriores presupuestos, de entrada resulta desacertada la interpretación que la apoderada judicial del actor propone, pues si bien el actor es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con 45 años al 1º de abril de 1994, situación aceptada incluso por COLPENSIONES en la resolución No 038403 del 29 de agosto de 2008 (Fols.11), no es menos cierto que no cumple la exigencia de las 750 semanas requeridas por el Acto Legislativo 01 de 2005, ya que para el 29 de julio de 2005 cuenta con tan solo con 584.72 semanas, razón por la cual, para hacerse merecedor de la pensión de vejez en virtud del régimen de transición debe causar la prestación antes del 31 de julio de 2010.

En el caso objeto de estudio, no hay duda del cumplimiento de la edad mínima de 60 años el día 29 de junio de 2008, por haber nacido el mismo día y mes del año de 1948 (Fol. 17), fecha para la cual contaba con 584.72 semanas, de las cuales 4.29 se acreditan en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, esto es, del 29 de junio de 2008 hasta el 29 de junio de 1988. Ahora, hasta el 31 de julio de 2010 logra acreditar 670.47 semanas, densidad insuficiente, dado que requiere mínimo 1.000 semanas.

Acota la Sala que se parte de un presupuesto errado por parte del demandante, y es que, pretende el reconocimiento por acreditar más de 500 semanas en cualquier tiempo, aspecto que no se corresponde con el requisito exigido por la norma, ya que las 500 semanas son en los últimos 20 años anteriores a la edad mínima, que para el caso concreto debían ser acreditadas del 29 de junio de 2008 hasta el 29 de junio de 1988, en ese sentido, no logró cumplir a cabalidad los requisitos mínimos del Acuerdo 049 de 1990 antes del 31 de julio de 2010.

Debe precisar la Sala que el contenido del Acto Legislativo es claro en determinar que se respetaran los derechos adquiridos, y en el caso de la pensión de vejez, para que tal derecho haga parte de los derechos adquiridos del afiliado, se requiere: *"cumplir con la edad, el tiempo de servicio, **las semanas de cotización** o el capital necesario, **así como las demás condiciones que señala la ley**"* (Negrilla fuera del texto)

Finalmente, una vez revisada la historia laboral de cotizaciones se encuentra que entre marzo de 1997 hasta septiembre de 1999, se reporta la observación de "Valor del subsidio devuelto al Estado", lo que lleva a la Sala a considerar que en esta clase de eventos relacionados con cotizaciones en el régimen subsidiado cuando el afiliado efectúa el aporte y quien no lo ha realizado es el Estado, deben validarse y computarse como semanas cotizadas para efectos pensionales, ya que tal omisión no puede perjudicar al afiliado cumplido (Sentencia radicación No 50051 del 2 de abril de 2014, reiterada en la SL2522-2018); empero, en el sub examine lo que se otea es que quien no efectuó el pago de la proporción del aporte fue el actor, aspecto que conlleva a que no se tengan en cuenta tales periodos, y así se desprende de lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL9320-2016), en la medida en que las cotizaciones realizados en el régimen subsidiado, se asimilan a las cotizaciones de los independientes y constituyen un imperativo de su propio interés y por tanto, el pago de las cotizaciones o aporte que le corresponde,

es una "obligación de la exclusiva responsabilidad del afiliado por no estar subordinado a ningún empleador".

En gracia de discusión aprecia la Sala que incluso teniendo en cuenta tales periodos, no logra causar la prestación, ya que obtendría un total de semanas al 31 de julio de 2010 de 713.42, de las cuales, 132,99 serían en los últimos 20 años anteriores a la edad mínima, esto es, del 29 de junio de 2008 hasta el 29 de junio de 1988, en ese sentido, no logró cumplir a cabalidad los requisitos mínimos del Acuerdo 049 de 1990 antes del 31 de julio de 2010. Tampoco lograría extender el régimen de transición del 31 de julio de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2014, dado que como se dijo, apenas alcanza 713.42 semanas.

Por último, es pertinente precisar que en la medida en que solo acredita el litigioso por activa un total de 820.43 (eventualmente con las del régimen subsidiado 949.13) semanas cotizadas hasta al año 2014, resulta insuficiente dicha densidad cotizaciones para hacer el estudio de la pensión de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues para aquel año, se requerían de 1.275 semanas.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia, conforme lo atrás dicho.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por cuanto la decisión se revisó en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

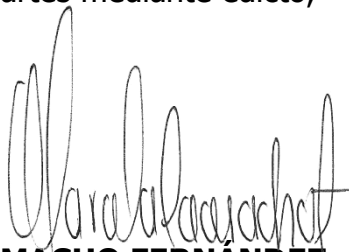
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021 por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

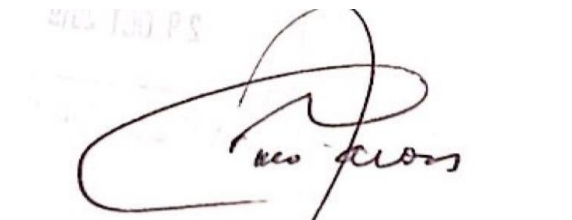
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: MARÍA NIEVES SALVADOR SARMIENTO
Demandada: LUIS VICENTE MILLAN CACERES y DIANA MILLAN
Radicado No.: 110013105-006-2021-00542-01
Tema: INDEMNIZACIONES – PENSIÓN SANCIÓN.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. María Nieves Salvador Sarmiento, instauró demanda ordinaria contra Luis Vicente Millán Cáceres y Diana Millán, con el propósito de que se declare entre las partes la existencia de una relación laboral a término indefinido, con fecha de iniciación el 01 de enero de 2000 y finalización el 20 de enero de 2014, así como también, una relación laboral regida por un contrato a término fijo desde el 21 de enero de 2014 vigente hasta la presentación de la demanda. En consecuencia, se condenará a los encartados al pago de auxilio de transporte, indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, reajuste al salario mínimo, la indemnización por despido sin justa causa, la pensión sanción en los términos del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, y la indemnización por no suministro de calzado y vestido de labor; de manera subsidiaria solicita que de no accederse a los salarios percibidos con posterioridad al 1 de enero de 2015, así como a la pensión sanción, que se reconozca en su lugar, la indemnización por despido sin justa causa, y el pago de los aportes al sistema integral de seguridad social por el lapso trabajado, lo ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró contrato verbal con Luis Vicente Millán Cáceres y Diana Millán, a partir del 01 de enero del 2000, extendiéndose hasta el 20 de enero de 2014, cuando se dio por terminado el contrato sin justa causa; que posteriormente, a partir del 21 de enero de 2014 se celebró contrato de trabajo a término fijo de un año, el cual feneció el 31 de diciembre de 2014, sin justa causa, y sin haberse cumplido la formalidad del preaviso de treinta días; que se desempeñó como empleada doméstica en jornada de lunes a viernes de 8:30 am a 5:30 pm, siguiendo instrucciones por parte de Luis Vicente Millán y Diana Millán; que el valor acordado como remuneración lo fue de un salario mínimo legal mensual vigente; que durante la vigencia de la relación laboral no se le canceló el auxilio de transporte; que no fue afiliada al régimen de seguridad social integral; que nunca le entregaron dotaciones consistentes en calzado y vestido; que nunca le fueron

consignadas las cesantías a un fondo; que el 15 de mayo de 2015 citó a audiencia extrajudicial de conciliación a Luis Vicente Millán Cáceres, pero no asistió. (Pág. 3 a 18).

2. Contestaciones.

2.1 Diana Millán Montejo: Al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento de que entre las partes nunca ha existido una relación de carácter laboral, en la medida en que no hay contrato suscrito entre las mismas, ni tampoco se configura los elementos de su existencia de conformidad con el artículo 23 del CST, con lo cual, no recae ninguna obligación de su parte. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, falta de capacidad para contratar, inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la solidaridad laboral, cobro de lo no debido, mala fe de la accionante, compensación, la genérica, y condena en costas y agencias en derecho a cargo de la parte demandante. (Fols. 156 a 176 y 200 a 202).

2.2 Luis Vicente Millán Cáceres: Como réplica a la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento de que el contrato de trabajo que inició el 01 de enero del 2000 finalizó por mutuo acuerdo entre las partes el 31 de diciembre de 2013, y en cuanto al siguiente contrato a término fijo, el mismo se liquidó el 31 de diciembre de 2014, pero ante el abandono imprevisto del cargo desde el mes de octubre de 2014, razón por la cual no existe contrato vigente entre las partes, en la medida que no existe prestación personal del servicio a partir de esa calenda; que siempre ha reconocido el auxilio de transporte junto con los salarios; que las cesantías fueron pagadas en cada una de las liquidaciones al finalizar las vigencias anuales; que no se cumplen los requisitos para la pensión sanción. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, pago, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, mala fe de la accionante, buena fe del empleador, la genérica, y condena en costas y agencias en derecho a cargo de la parte demandante. (Fols. 178 a 195 y 199).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de abril del 2021, en la que la falladora condenó al señor Luis Vicente Millán Cáceres a reconocer y pagar a la demandante, señora María Nieves Salvador Sarmiento, la suma de un salario mínimo mensual a partir de la fecha del despido de la accionante, si para entonces tenía 57 años de edad, o desde la fecha en la cual la accionante arribó a la edad en mención, junto con la mesada trece adicional, a título de pensión restringida de jubilación; condenó a la suma de \$5.344.000 por concepto de cesantías; condenó a la suma de \$5.954.666 y \$429.566 por concepto de indemnización por despido, referidos a las dos vinculaciones; absolvió de las restantes pretensiones de la demanda, y finalmente, condenó en costas a la parte vencida.

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que la relación laboral fue aceptada por el extremo pasivo, en particular por el señor Luis Vicente Millán Cáceres, con la precisión de que el primer vínculo a término indefinido desde el 01 de enero del 2000 hasta el 31 de diciembre del 2013, finalizó por mutuo acuerdo entre las partes, y el segundo, del 21 de enero del año 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014, finiquitado por inasistencia de la demandante; en lo que respecta a la demandada Diana Millán Montejo, solo firmó algunos documentos como testigo en calidad de miembro de la familia, con lo cual, en el caso concreto solo puede tenerse como empleador al señor Luis Vicente Millán Cáceres.

Acto seguido hizo alusión al artículo 1° del Decreto 824 de 1988, para decir que la actora al prestar sus servicios en calidad de empleada del servicio doméstico, debía ser afiliada por el empleador al sistema general de pensiones, y en ese orden, como no se

evidencia afiliación para el riesgo pensional, consideró que hay lugar al reconocimiento de la pensión sanción establecida en el artículo 133 de la ley 100 de 1993, ya que además de la falta de afiliación, el último vínculo laboral feneció el 31 de diciembre de 2014, es decir, antes del vencimiento del término pactado, el cual acontecía el 20 de enero de 2015; asimismo, consideró que la liquidación del último contrato se hizo con sujeción a 360 días, sin hacer mención al periodo que el demandado afirma no laboró la señora María Nieves Salvador Sarmiento, en consecuencia, dio por acreditado que el contrato de trabajo finalizó sin mediar justa causa o un modo legal de terminación del vínculo laboral después de más de 14 años continuos de servicios. En cuanto al monto pensional lo estableció en un SMLMV, bajo trece mesadas, y a partir de la fecha del despido de la accionante en el evento de acreditar 57 años de edad, o desde la fecha en la cual arribe a los 57 años.

En relación con la sanción por falta de consignación del auxilio de las cesantías, estableció que como quiera que el primer contrato finalizó el 31 de diciembre de 2013 y la demanda se presentó el 28 de octubre de 2016, operó la prescripción de tal emolumento causado con anterioridad al 28 de octubre de 2013, y en ese sentido, la sanción reclamada por las cesantías causadas desde el año 2000 hasta el año 2012 se encuentra prescrito, y por ello, no se deriva condena en favor de la actora; sin embargo, como la pretensión implica una reclamación del derecho principal que lo es el auxilio de las cesantías, se fulminó condena por ese concepto en valor de \$5.344.400, advirtiendo que el pago directo que efectuó el accionado en forma irregular, lo pierde el empleador.

En lo referente a la indemnización por despido injusto, condenó a la suma de \$429.566 en relación con el segundo contrato, esto es, el periodo faltante para cumplirse el plazo pactado (20 días); y en relación con el primer contrato condenó a \$5.954.666, esto es, por el lapso de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2013, precisando que no se acreditó que el vínculo laboral haya finalizado por mutuo acuerdo de las partes como lo afirmó en la contestación de la demandada el empleador. (Fol. 213 a 214 con Cd de audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación la **parte demandada**, arguyendo que existieron dos relaciones laborales con interrupción entre una y otra, siendo que el primero vínculo terminó por acuerdo entre las partes, y en cuanto al segundo contrato, fue la demandante quien abandonó el lugar de trabajo y no regresó a partir del mes de octubre, por lo que el demandado en un acto de buena fe y por lo que significaba la demandante en su hogar decidió liquidarlo hasta diciembre, acto de buena fe que no tuvo en cuenta el Juzgado y por el contrario decidió condenarlo a la pensión sanción; que no se probó el despido, y por ende, lo procedente es el reconocimiento del cálculo actuarial y no la pensión sanción, además que el demandado es una persona de 80 años, siendo tal condena desastrosa para lo que le queda de vida; que en lo relacionado con la condena por cesantías, no se tuvo en cuenta que el demandado actuó de buena fe, ya que le entregaba directamente las cesantías, y si bien, no se obró de la mejor manera, nunca hubo un acto de mala fe, siempre se apeló por la protección, humanidad y todos los derechos de la demandante; que respecto a la indemnización por despido, está en total desacuerdo, ya que las actuaciones del demandado siempre estuvieron revestidas de buena fe, y se reitera que no se presentó despido sino que la demandante dejó de trabajar, y por ello en un acto de buena fe, el demandado le reconoció la liquidación hasta diciembre de 2014.

5. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal no se presentaron alegatos por las partes.

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.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Se configuran los requisitos para condenar al reconocimiento y pago en favor de la actora de la pensión sanción de que trata el artículo 133 de la Ley 100 de 1993? (ii) ¿Hay lugar a la imposición de la condena por concepto de cesantías? Y (iii) ¿Es procedente la indemnización por despido sin justa causa?

i) Relación laboral

No existe controversia en cuanto a que la actora ha prestado sus servicios para el demandado Luis Vicente Millán Cáceres desde el 01 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2013, y desde el 21 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014, tal como lo consideró el a quo, sin que fuere materia de controversia por la parte demandada, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba documental que reposa a folios 21 a 55, contentivo de la liquidación anual que realizaba el empleador de prestaciones, así como el contrato de trabajo a término fijo con duración de un año desde el 21 de enero de 2014 hasta el 20 de enero de 2015, en ese orden, la discusión radica en la procedencia o no de la pensión sanción, la condena por cesantías e indemnización por despido sin justa causa.

Afiliación trabajadores del servicio doméstico

Connota la Sala que la Ley 11 de 1988 preveía la afiliación al sistema de seguridad social de las trabajadoras del servicio doméstico en los siguientes términos: *"A partir de la vigencia de la presente Ley, el trabajador del servicio doméstico que devengue una remuneración en dinero inferior al salario mínimo legal vigente, cotizará para el Seguro Social sobre la base de dicha remuneración. **Parágrafo.** En ningún caso el porcentaje de cotización podrá aplicarse sobre una cuantía inferior al 50% del salario mínimo legal vigente"*.

A posteriori, se expidió el Decreto 824 de 1988, que desarrolla la Ley 11 del mismo año, y pregona en lo que nos interesa que: *"Artículo 6º La afiliación de los trabajadores del servicio doméstico es obligatoria y se efectuará por solicitud expresa y personal del patrono o de la entidad agrupadora, según el caso, conforme formatos que para el efecto suministre el Instituto. **Cuando se trate de un trabajador bien "interno" o bien "por días"** al servicio de un solo patrono, la afiliación será individual a través de dicho patrono"*.

En el sub examine, no se encuentra en discusión que la señora María Nieves Salvador Sarmiento laboró como empleada del servicio doméstico al servicio del patrono Luis Vicente Millán Cáceres entre el 01 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2013, y entre el 21 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014, lo que de suyo como empleador le competía afiliarla al sistema general de seguridad social, y con mayor razón, en vigencia de la ley 100 de 1993, pues se hacía más imperioso el cumplimiento de la obligación patronal de afiliar a sus trabajadores, así sea que prestaran sus servicios

por días, máxime cuando la relación laboral en el sub lite se extendió aproximadamente por más de 14 años.

Para reforzar lo dicho, basta traer a colación la pregonado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 14668 del 14 de febrero de 2001, y sentencias de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL2352-2018 y SL2348-2019, última providencia que de manera concluyente sostiene que la obligación de afiliación no solo se origina con la Ley 11 de 1988 para los trabajadores del servicio doméstico, sino que también tal: *"Obligatoriedad de la afiliación que no hizo más que fortalecerse al expedirse el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990 y las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, más en momento alguno, estas normativas establecen que las personas que presten sus servicios personales subordinados en calidad de trabajadores del servicio doméstico no tienen derecho a ser afiliadas al sistema de seguridad social integral; tal discurrir, se itera, solo gravita en el escenario que construye el sentenciador de alzada para negarle el derecho pensional a la aquí demandante, que de aceptarse por esta Sala de la Corte, direccionaría a una discriminación que no sólo atentaría contra la dignidad de ese grupo de trabajadores, sino que estaría en abierta contradicción del Estado Social de Derecho y de los principios que iluminan el sistema de seguridad social integral"*.

Pensión sanción

La pensión consagrada por la ley 171 de 1961, fue parte integrante del sistema de jubilación patronal directa, y conforme a su artículo 8, existen diversas clases de pensión: 1).- Para el trabajador que haya sido despedido sin justa causa después de haber laborado para la misma empresa, sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, tendrá derecho a la pensión desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad. 2).- Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de servicios, la pensión comenzará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. 3).- Si después de quince (15) años de servicios el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión, pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

Ahora bien, para dilucidar el tema planteado en esta instancia es preciso definir algunas características esenciales respecto a la pensión sanción, considerando de entrada que la Ley 100 de 1993 mantuvo las garantías previstas en el artículo 8 de la ley 171 de 1961, en forma similar como las subrogó el artículo 37 de la ley 50 de 1990, con algunas diferencias, entre las que se destacan que con la Ley 100 de 1993, artículo 133, la pensión sanción está consagrada en beneficio de los trabajadores despedidos sin justa causa, que por omisión del empleador no sean afiliados al Sistema General de Pensiones.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha considerado desde vieja data en fallo del 08 de noviembre de 1979 (Rad. 6508) que la *"normatividad aplicable para resolver los conflictos jurídicos que se presentaran, era la vigente al momento de la causación del derecho y no las del cumplimiento de la edad del beneficiario"*, a su vez *"también tiene definido de antaño la Corte, que las aludidas pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se causaban o se configuraban desde el momento en que el trabajador era despedido sin justa causa o se retiraba voluntariamente del servicio, siendo la edad apenas un mero requisito de exigibilidad de la pensión"*.

Así mismo, como quiera que la edad solo es un requisito de exigibilidad de la pensión, los elementos constitutivos y que estructuran la pensión sanción son dos en el caso que nos ocupa, el despido injustificado y el servicio prestado a la entidad empleadora durante más de 10 años y menos de 15 años continuos o discontinuos, y así lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 08 de agosto de 1995, radicación No 7465¹, entre otras.

Descendiendo al sub examine, en cuanto al servicio prestado por la señora María Nieves Salvador Sarmiento, se encuentra que la misma laboró al servicio del demandado como empleada del servicio doméstico desde el 01 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2014, esto es, por espacio de 14 años, 11 meses y 10 días de manera discontinua, esto es, no teniendo en cuenta el lapso del 01 al 20 de enero del año 2014, interrupción que en gracia de discusión no debió descartarse por el Juez de instancia, ya que en sentir de la Sala existió un solo contrato de trabajo a término indefinido, pues nótese que ninguna probanza da cuenta de que la prestación del servicio haya finalizado el 31 de diciembre de 2013, y que el vínculo formal suscrito entre las partes a partir del 21 de enero de 2014 (Fol. 54 a 55) sea diferente o tenga objeto distinto, máxime cuando de manera irregular el empleador venia liquidando el contrato de trabajo en cada anualidad, lo que no permite colegir que la liquidación obrante a folio 48, correspondiente al periodo del 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2013, constituya la liquidación final del contrato de trabajo vigente desde el 01 de enero del 2000. Asimismo, de la prueba testimonial rendida por Mario Alejandro Millán Montejo, hijo del aquí demandado, al preguntársele sobre interrupciones y hasta cuando se extendió la relación laboral de la actora como empleada del servicio doméstico en el lugar donde aquel también residía, dijo que no tenía claridad “pero creería que hacia el 2014, más o menos”, y que tenía entendido que hubo interrupción o suspensión por temas de incapacidades médicas, lo que coincide con la versión rendida por la actora, pues aquella manifestó que después del 31 de diciembre de 2013 continuó laborando hasta el “2 de febrero, el 3 me tenían que hacer una cirugía”, tesis que conllevan a determinar que el contrato firmado el 21 de enero de 2014 solo fue aparente.

Al respecto, de vieja data lo tiene definido la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, que *“No se puede hablar de dos contratos mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra. Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento del otro, y la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica”*.²

Sobre la libertad de elección de las partes de entre todas las modalidades contractuales y sus implicaciones en contrataciones sucesivas con o sin interrupción, en sentencia SL4850-2016 radicación No 48538, en la que trajo a colación la sentencia de radicación No 35902 del 01 de diciembre de 2009, la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, adoctrino al respecto que:

“La libertad de elección de entre las modalidades de duración del contrato, de cambiar la que venía rigiendo el vínculo laboral, la inicial o las subsiguientes, no

¹ “de antaño ha establecido esta Sala que los elementos constitutivos de la pensión restringida de jubilación o también denominada pensión sanción consagrada en la ley 171 de 1961, art. 8º y en el decreto 1848 de 1969, art. 74 son dos: de una parte, el tiempo de servicios (mayor de 10 y menor de 15 años), y de otra, el despido injustificado del trabajador, en tanto que la edad no impide el reclamo por parte del beneficiario, pues ella no es más que una condición para la exigibilidad del pago” entre otras, las sentencias del 5 de agosto de 1988 radicación 1213, 26 de octubre de 1988, radicación 2671, y la del 20 de febrero de 1982, radicación 4529.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sept. 2/77.

puede servir de mecanismo para vulnerar derechos de los trabajadores, (...), como cuando las contrataciones sucesivas sin interrupción tienen por finalidad no conceder el tiempo de descanso efectivo por vacaciones, o se procura cambiar drásticamente las condiciones de liquidación de la indemnización por despido”

De conformidad con lo anterior, a pesar de que el a quo tuvo en cuenta la existencia de un vínculo laboral regido inicialmente por un contrato a término indefinido, y posteriormente otro a término fijo, de cualquier manera, logra la actora acreditar el tiempo de servicios superior a diez años para el mismo empleador, con lo cual el primer requisito se encuentra satisfecho.

En lo tocante al requisito de la falta de afiliación u omisión en la afiliación al sistema integral de seguridad social en pensiones, acota la Sala que tal como se consideró al inicio de esta providencia, no existe prueba de que el empleador haya afiliado a la demandante a un fondo de pensiones, aunado a que tampoco es punto objeto de censura.

En lo que respecta al requisito de que el despido haya sido injustificado, deduce la Sala lo siguiente:

El demandado recurrente argumentó que el primer contrato de trabajo a término fijo feneció por acuerdo voluntario entre las partes, y que el segundo finalizó por abandono del cargo en la medida en que dejó de ir a laborar a partir del mes de octubre de 2014.

Sobre tal semblante, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014) .

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral, sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que la demandante esgrime que el contrato que unió a las partes no se interrumpió, es decir, continuó a partir del 01 de enero de 2014, razón por la cual, le competía al demandado entrar a demostrar que en efecto tal relación laboral no continuó con posterioridad al 31 de diciembre de 2013, y que ello acaeció por renuncia o voluntad de las partes, afirmaciones que no tienen ningún respaldo probatorio por parte del demandado, al contrario llama poderosamente la atención de que exista un recibo de pago datado el 06 de enero de 2014 (Fol. 52), cuando para esa fecha se sobreentiende según la posición del demandado, no prestó la actora sus servicios, igualmente, ninguna de las pruebas testimoniales recabadas dio cuenta de que la actora haya presentado renuncia para el 31 de diciembre de 2013 o

que de común acuerdo se haya finiquitado el contrato de trabajo, aspectos que llevan a desembocar en la misma conclusión a la que arribó la a quo, es decir, a tener como despido sin justa causa el contrato a término indefinido que ligó a las partes desde el 01 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2013.

Ahora, en cuanto al vínculo laboral del 21 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014, se llega a la misma conclusión de que fue terminado sin justa causa, primero, porque según se pactó por las partes, el mismo se extendía hasta el 20 de enero de 2015, y en segundo lugar, porque se aduce que se presentó abandono del cargo a partir del mes de octubre de 2014; empero, ninguna probanza, documental o testimonial se endereza a demostrar tal circunstancia, al contrario, el propio testigo de la parte demandada Mario Alejandro Millán Montejó, hijo del demandado, dijo que si bien no conocía el motivo de la desvinculación, hablaba mucho con la demandante, y que después del “trasplante” su ritmo de trabajo ya no era el mismo, lo que conduce a la Sala a establecer que la finalización del vínculo laboral no aconteció como lo defiende la pasiva por abandono del cargo, sino por una decisión unilateral del empleador.

Igualmente, obra a folio 50 la liquidación del contrato, cuyos extremos van del 21 de enero hasta el 31 de diciembre de 2014; empero, su liquidación se realizó teniendo en cuenta como si hubiera laborado el año completo, lo que en nada refuerza la tesis del demandado de que la actora se ausentó de sus funciones desde el mes de octubre de 2014, pues al no existir prestación del servicio, lo lógico sería que ese lapso no se hubiera remunerado.

Asimismo, asimilando la tesis defendida por el demandado según la cual la actora dejó de ir a laborar desde octubre de 2014, con el “abandono del cargo”, tiene dicho la jurisprudencia (SL1051-2020) al respecto que:

"Aquí debe precisarse que el abandono del cargo al que se refiere la recurrente no constituye propiamente un modo de terminación del contrato laboral ni una justa causa de despido; ya que tal figura no existe en la legislación laboral, pero si se enmarca dentro de la causal 6 del artículo 62 del CST, al referir la violación grave de las obligaciones y prohibiciones que le incumben al trabajador"

De esta manera, lo primero que colige la Sala es que el supuesto “abandono del cargo” no se encuentra demostrado, solo resulta ser una afirmación de la demandada carente de soporte probatorio, ya que no existe ningún registro de que a partir de octubre de 2014 la actora se haya ausentado, además era deber del empleador hacer uso de todos los medios a su alcance para solicitar a la trabajadora la justificación de su inasistencia, so pena de tener por injusto el despido. Para este fin pudo haber remitido comunicación a la dirección de domicilio registrada en su hoja de vida, a la dirección de correo electrónico o incluso por medio de las personas que hubiere enunciado como referencias personales, entre otros, como lo señaló nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4547 de 2018.

En el sub examine, ninguna prueba soporta la tesis de la parte demandada, y en consecuencia, al no existir justa causa para finalizar el contrato de trabajo antes de que expirara su plazo, ha de tenerse como despido sin justa causa el ocurrido el 31 de diciembre de 2014.

En tal virtud, se cumple el otro requisito exigido por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, esto es, le asiste derecho al reconocimiento y pago a la actora de la pensión

sanción a cargo del empleador omiso en la afiliación al sistema general de pensiones, sin que constituya razón valedera circunstancias de índole particular del empleador, o que deba cambiarse tal condena por el reconocimiento del cálculo actuarial, ya que no puede confundirse la asunción del cálculo actuarial por omisión en la afiliación, con la pensión sanción a cargo del empleador que teniendo la obligación de afiliar al trabajador no lo hace.

De lo que viene dicho, frente al tema de la indemnización por despido sin justa causa, valgan los anteriores argumentos para despachar negativamente la alzada propuesta en este horizonte, además que para tal indemnización no se revisa la buena o mala fe del actuar del empleador, sino simplemente si la terminación se dio o no con justa causa.

Cesantías

Para efectos de resolver la apelación, la Sala debe precisar que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que *"se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."*(SL440-2021)

Así, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera *"exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive"*, mientras que la segunda hace referencia a que *"toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia"*(CSJ SL2808-2018).

Sin embargo, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem"*

Al respecto, la Sala al revisar detenidamente el escrito demandatorio y la fijación del litigio, observa que lo pretendido por la actora, básicamente fue *"la suma resultante de la liquidación por concepto de la indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo"*, es decir, a pesar de que las cesantías le fueron canceladas directamente, debiéndose consignar las mismas a un fondo, ningún reparo e inconformidad se planteó en el libelo genitor, ni tampoco se reformó la demanda teniendo la oportunidad de hacerlo en la que pretenda el pago de las cesantías, y en ese orden, no podía el Juez impartir condena sobre un concepto que no fue peticionado en la demanda, sin que resulte válido el argumento de que la pretensión de la indemnización implique la reclamación del derecho principal que lo es el auxilio de las cesantías, pues en el sub

examine en lo que respecta a las cesantías, si bien el demandado no actuó acorde a las disposiciones legales de consignar las cesantías a un fondo, si procedió a pagárselas directamente cada año, aspecto que se itera no fue objeto de pretensión por la demandante, ni tampoco quedó plasmado en la fijación del litigio, razón por la cual resulta ser una condena sorpresiva a cargo de la parte demandada.

Por otra parte, si bien esta Corporación no desconoce que para la prosperidad de la indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo, se debe estudiar o verificar si las mismas se consignaron o no, ello no tiene la virtud para alterar las pretensiones de la demanda o desviarse del problema jurídico que debía resolverse, que se itera es la procedencia de la indemnización por no consignación de las cesantías, misma que corresponde a una condena autónoma, es decir, "la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral" CSJ- Radicado No 40272 de 2016.

Colofón de lo expuesto, sin que haya más puntos por resolver, se revocará parcialmente la decisión de instancia en lo relativo a la condena por concepto de cesantías, confirmándose en lo demás la sentencia venida en apelación.

Costas

Sin costas en esta instancia por haberle prosperado parcialmente el recurso de alzada en lo relativo a la condena por concepto de cesantías. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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,

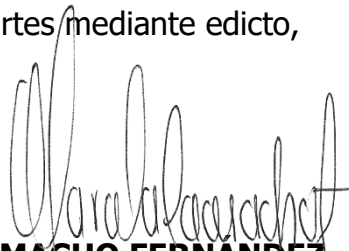
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida el 21 de abril del 2021, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó al pago por concepto de cesantías, para en su lugar, **ABSOLVER** al señor LUIS VICENTE MILLAN CACERES de tal condena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia venida en apelación.

TERCERO: SIN costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

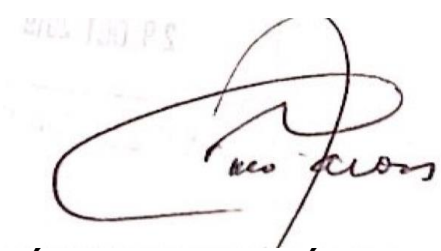
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: ÁNGELA MARÍA MARTINEZ MARTINEZ
Demandada: HECTOR JULIO ALFONSO CALDERON
Radicado No.: 110013105-028-2020-00052-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– CÁLCULO ACTUARIAL.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. Ángela María Martínez Martínez instauró demanda ordinaria contra Héctor Julio Alfonso Calderón, con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral, con fecha de iniciación el 05 de febrero de 2016 y terminación el 20 de febrero de 2019. En consecuencia, se condene al encartad al pago de cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, prima de servicios, indemnización por terminación sin justa causa, indemnización del artículo 65 del CST, reajuste salarial, indexación, las cotizaciones al sistema general de pensiones y salud, las horas extras, lo ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que empezó a laborar para la sociedad demandada el 05 de febrero del 2016, mediante contrato de trabajo a término indefinido, cuyas funciones consistía en celaduría por 24 horas en el parqueadero ubicado en la Carrera 2 Este No 185 B- 20 Barrio Codito, así como también recibir el pago de mensualidades de los clientes, y el cuidado de un aparta- estudio ubicado en el parqueadero; que recibió como asignación mensual la suma de \$400.000 desde el 5 de febrero de 2016 hasta el 28 de febrero de 2016, y a partir del 01 de marzo de 2018 hasta el 20 de febrero de 2019, la suma de \$500.000; que el demandado le suministró un aparta estudio ubicado en el mismo parqueadero; que la vivienda y el pago de servicios públicos no hacían parte del salario; que la jornada laboral era de domingo a domingo, incluidos festivos, de 4 am a 10 pm; que debía tener disponibilidad las 24 horas; que no fue afiliado al sistema de seguridad social integral como pensión y salud, así como tampoco le fueron reconocidas sus prestaciones sociales como primas y vacaciones; que durante la relación laboral le fueron realizadas tres cirugías, pero el empleador no le reconoció incapacidades ni tiempo de recuperación; que durante la incapacidad llevó a su hija Leidy Paola Rodríguez para que le ayudara con las funciones del parqueadero; que el sueldo pactado lo descontaba de los pagos que realizaban los dueños de los vehículos que

utilizan el parqueadero, previa autorización del empleador; que nunca se le pagó cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, horas extras, dominicales y festivos; que el contrato de trabajo fue terminado de manera unilateral y sin justa causa el 20 de febrero de 2019; que citó al empleador ante el Ministerio del Trabajo, pero aquel no asistió, tal como quedo consignado en acta No 1075968 del 8 de julio de 2019. (Pág. 3 a 9).

2. Contestación de demanda. Al contestar la demanda, Héctor Julio Alfonso Calderón, se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento de que entre las partes existió una relación laboral que inició el 11 de enero de 2018 y se extendió hasta el 23 de febrero de 2019, fecha en la cual se le reconoció la suma de \$2.350.000, en la que se encuentran incluidas las prestaciones sociales reclamadas, aclarando que la relación laboral desde el 05 de febrero de 2016 fue con el señor Héctor Rodríguez, y se mantuvo hasta el día 10 de enero de 2018, fecha en la que aquel renunció y se separó de la actora, asumiendo la actora a partir del 11 de enero de 2018 las funciones que venía desempeñando su ex esposo; que la relación laboral terminó por mutuo acuerdo entre las partes a través de documento del 23 de febrero de 2019, mismo que hace tránsito a cosa juzgada. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago y compensación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, cosa juzgada, y la genérica. (Fols. 1 a 22 Cd folio 25).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de octubre del 2021, en la que la falladora declaró que entre la señora Ángela María Martínez Martínez y el señor Héctor Julio Alfonso Calderón existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 11 de enero de 2018 hasta el 23 de febrero de 2019; condenó a Héctor Julio Alfonso Calderón a realizar en favor de Ángela María Martínez Martínez el pago de la reserva actuarial que determine la administradora de fondo de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante o a la que esta elija, de acuerdo con el salario mínimo legal mensual vigente, para el periodo comprendido entre el 11 de enero de 2018 y el 23 de febrero de 2019; declaró probada de manera parcial las excepciones de pago, inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido; absolvió de las demás pretensiones, y se abstuvo de gravar en costas.

Para arribar a tal decisiva, adujo que la demandante no acreditó la prestación del servicio en los extremos temporales indicados en la demanda, ello en la medida en que los testigos fueron contestes en afirmar que era la expareja de la actora quien laboró desde el 2016, y que solo hasta el 2018 comenzó la demandante, de igual manera tampoco acreditó la demandante el cumplimiento del horario. Asimismo, que no se logró establecer la subordinación desde el año 2016. En síntesis, sobre este aspecto consideró que no es posible declarar la existencia de la relación laboral desde el año 2016; sin embargo, como en la contestación de la demanda se admitió que la relación laboral con la demandante inició el 11 de enero de 2018 y se extendió hasta el 23 de febrero de 2019 en una jornada de lunes a sábado, procedió al estudio de cada una de las pretensiones con respecto a este lapso de tiempo.

En primera medida se concluyó que la demandante no laboró la jornada completa, y por ello, no había lugar al reajuste de la remuneración, debiendo tenerse como base la suma de \$500.000 mensual, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 del CST que permite devengar una remuneración inferior al salario mínimo cuando no se labora la jornada ordinaria legal.

Procedió a realizar la liquidación de prestaciones ante la falta de acreditación del pago por parte del demandado, correspondiendo \$559.722 por cesantías, \$72.189 por

intereses a las cesantías, \$559.722 por prima de servicios y \$279.861 por vacaciones, para un total de \$1.474.544; no obstante, como la demandante recibió del empleador la suma de \$2.350.000 y firmó un paz y salvo por todo concepto, aspecto reconocido en el interrogatorio de parte, consideró que no hay lugar a imponer condena al demandado.

Respecto de los aportes a la seguridad social, indicó que en lo que respecta a salud y riesgos laborales, lo procedente son los perjuicios y gastos generados por falta de cotizaciones, pero que aquello no se encontraba acreditado en el proceso; y en lo que refiere al riesgo pensional, ordenó el pago del cálculo actuarial por el lapso comprendido entre el 11 de enero de 2018 y el 23 de febrero de 2019, cálculo que debe realizarse sobre un salario mínimo legal de conformidad con el inciso 2, párrafo 1 del artículo 18 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5 de la ley 797 de 2003. Asimismo, que tal concepto no se encuentra incluido en el paz y salvo, ya que es un derecho que no es transigible ni conciliable por las partes, y en lo que respecta al argumento de que la demandante le solicitó que no le haga los aportes por estar en el régimen subsidiado, acotó que de conformidad con el artículo 17 de la ley 100 de 1993, es un deber y obligación efectuar la afiliación y cotización por parte del empleador.

En lo que respecta a las demás pretensiones, referidas al trabajo suplementario, indemnización por despido e indemnización moratoria impartió absolución al no existir prueba que acredite la prosperidad de las mismas. (Fol. 32 a 33 con Cd de audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por el apoderado judicial de la **parte demandada** quien solicita se modifique o revoque parcialmente la condena por cálculo actuarial, dado que no se tuvo en cuenta ni se le dio la validez suficiente a lo demostrado y confesado por la actora, esto es, que entre las partes se acordó que no se iban a realizar cotizaciones, ello en la medida en que la demandante se encontraba en el régimen subsidiado; que no se tuvo en cuenta el acuerdo y finalidad de las partes; que la base para cálculo actuarial debe ser inferior al salario mínimo de conformidad con el Decreto 1616 de 2013 y Decreto 1174 de 2020; que la actora no laboró la jornada ordinaria legal.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal las partes no presentaron alegatos de conclusión.

7. 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.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico** ¿Debe ordenarse el cálculo actuarial a cargo de Héctor Julio Alfonso Calderón, por el tiempo laborado por la actora entre el 11 de enero de 2018 hasta el 23 de febrero de 2019, por falta de afiliación u omisión en la afiliación al sistema general de pensiones?

i) Relación laboral

No existe controversia en cuanto a que la actora ha prestado sus servicios para el demandado Héctor Julio Alfonso Calderón desde el 11 de enero de 2018 hasta el 23 de

febrero de 2019, tal como lo consideró el a quo, sin que fuere materia de controversia por la parte demandante, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba testimonial y aceptado de manera expresa al contestar el libelo genitor (Fols. 1 a 22 Cd folio 25), en ese orden, la discusión radica en la procedencia o no del cálculo actuarial por omisión en la afiliación al sistema general de pensiones.

ii) Cálculo actuarial

Sea lo primero indicar que ciertamente la postura de la a quo, en lo relativo a que el empleador Héctor Julio Alfonso Calderón debe responder por el cálculo actuarial, resulta ajustada al precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha decantado la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la de radicado SL3892 de 2016, en las que ha dejado sentado que en casos de **falta de afiliación** o cobertura del otrora ISS, debe necesariamente el empleador responder y trasladar el cálculo actuarial a favor de la entidad de seguridad social donde se encuentre afiliada la actora y, a su vez, esta última, validar el tiempo laborado como tiempo cotizado y proceder al reconocimiento de las prestaciones económicas a su cargo, criterio plasmado de la siguiente manera: *"le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, (...), con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal c) del artículo 9º de la Ley 797 en comentario". (Sentencia radicación No 32922 de 2009, sentencia SL17300 de 2014, sentencia SL3892 de 2016, radicación No 45209).*

Connota la Sala que la postura de la parte demandada estriba en que las partes pactaron o convinieron no realizar los aportes al sistema general de pensiones, empero, de ninguna manera puede validarse tal postura para efectos de liberarse de la obligación a cargo del empleador, pues los aportes pensionales son un derecho de carácter irrenunciable, y por ende, así la actora haya confesado en el interrogatorio que de común acuerdo solicitó que no se realizaran los aportes, debía de todas maneras el empleador en virtud de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, proceder a afiliarla y cotizarle al sistema general de pensiones, pues se trata de un afiliado forzoso, y además la parte pasiva no demuestra en el proceso que la actora este excluida de afiliación al sistema general de pensiones a la luz de lo establecido en el artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, aplicable por virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, baste traer a colación lo discurrido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL1982-2019, en la que dijo:

"(...) No podían las partes disponer de ese derecho común a todo trabajador y correlativa obligación del empleador, que desde la expedición de la Ley 90 de 1946, y obligatoriamente, a partir del 1º de enero de 1967, por cuenta del Acuerdo 244 de 1966, requirió la afiliación y consiguientes aportes al entonces Instituto de Seguros Sociales, con el propósito de cobijar los riesgos por invalidez, vejez y muerte, lo cual, a partir de la Ley 100 de 1993, se convirtió en universal y categórico, tal como lo dispuso el artículo 22; de suerte que por la sola existencia del contrato de trabajo, surgía la necesidad de afiliar y aportar al organismo encargado en ese momento de administrar los recursos de trabajadores y empleadores, que permitían ir ampliando la base de financiación de las prestaciones que se iban reconociendo y las que se causarían en el futuro, como una exigencia cierta y previamente definida por el legislador"

De lo que viene dicho es totalmente equivocada la tesis defendida por la parte pasiva en el recurso de alzada.

Ahora, en lo que respecta al Decreto 2616 del 2013, si bien es cierto consagra la afiliación de trabajadores por días al sistema general de pensiones y la operatividad en lo referente a la planilla de autoliquidación de aportes, su base de cotización y demás aspectos conexos, en la que se establece cotizaciones mínimas mensuales dependiendo los días laborados en la semana, esto es, entre 1 y 7 días una cotización mínima semanal, entre 8 y 14 días dos cotizaciones mínimas semanales, entre 15 y 21 días 3 cotizaciones mínimas semanales y más de 21 días cuatro cotizaciones mínimas semanales, no lo es menos, que en el sub examine la labor prestada por la actora no fue por días, sino que lo fue de manera continua el mes completo, cuestión diferente es que no se haya trabajado toda la jornada laboral diaria, aspecto que lleva a señalar que el empleador incumplido con su obligación de afiliar y cotizar por la accionante de manera oportuna al Sistema General de Pensiones, debe asumir la totalidad de dichos aportes, puesto que así lo exige el inciso 2º del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, que dispone de manera categórica que: *"El empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador"* (Sentencia del 11 de noviembre de 2006, Radicación 27732).

Adicional a lo anterior, debe precisarse que si bien es cierto la actora acreditó que laboró una jornada laboral incompleta es decir de 4 horas o medio tiempo, lo cierto es que, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 197 del C.S.T, *"TRABAJADORES DE JORNADA INCOMPLETA Los trabajadores tienen derecho a las prestaciones y garantías que les correspondan, cualquiera que sea la duración de la jornada"*

Así mismo, ha establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que para el tiempo de servicios que da derecho a la pensión solo se computan como jornadas completas de trabajo las de 4 o más horas, pues el hecho de pactar jornadas inferiores a las máximas legales, no es óbice para descartar el derecho a la pensión y menos para descontar el tiempo de servicios (SL1449-2014).

Así las cosas, para el caso particular, en la que se descarta que la actora haya laborado por días, y al no serle aplicable el Decreto 2616 de 2013, debe seguirse la regla general establecida en el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, cuando al efecto señaló *«En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente»* (Sentencia CSJ SL2352-2018, rad. 63508)".

A este propósito, vale señalar que en los eventos relacionados con la omisión del empleador de efectuar las cotizaciones al sistema general en pensiones, surge el reconocimiento del cálculo actuarial, y para el efecto, pueden remitirse las partes procesales a lo pregonado por el máximo tribunal de esta jurisdicción en sentencia como las SL14426-2014, SL2731 de 2015 y SL 14388-2015, radicación No 43182 del 20 de diciembre de 2015, especialmente en esta última cuando asienta: *"la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social"*.

De igual manera, esta Sala considera que no hay lugar a la aplicación del Decreto 1174 de 2020, relativo al piso de protección social para personas y que eventualmente

permitiría la cotización sobre una base inferior al salario mínimo, pues tal prerrogativa no estaba vigente para la fecha en que se desarrolló el vínculo laboral de la actora.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación integral de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el título pensional o cálculo actuarial a cargo del demandado.

Costas

Costas en esta instancia a cargo del demandado por no haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

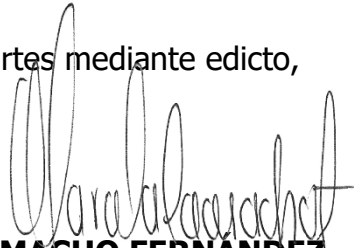
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de octubre del 2021, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones vertidas en el presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a cargo del demandado. Las de primera se confirman.

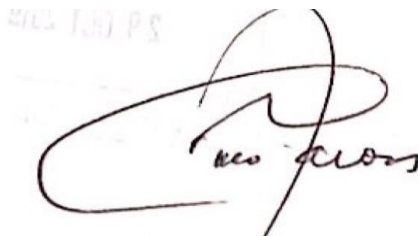
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

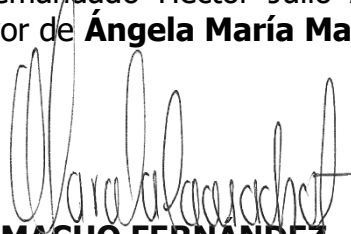


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-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-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia a cargo del demandado Héctor Julio Alfonso Calderón, fijándose como agencias en derecho en favor de **Ángela María Martínez Martínez**, en la suma de \$908.526.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: OSCAR RODOLFO BOLIVAR BRAN
Demandado: FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AMERICA.
Radicación: 11001-3105-023-2020-00435-01
Tema: INEFICACIA TRANSACCIÓN

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

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. OSCAR RODOLFO BOLIVAR BRAND instauró demanda ordinaria contra la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE AMERICA, con el propósito de que se declare la ineficacia del contrato de transacción celebrado el 16 de diciembre de 2019 por vicios en el consentimiento y por tratarse de derechos ciertos e indiscutibles, en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de reajuste o diferencia de salarios, cesantías, intereses a las cesantías con la indexación, prima de servicios indexada, vacaciones con la indexación, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria por no consignación de cesantías a un fondo, sanción por no pago de los intereses a las cesantías junto con la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como sustento factico de las pretensiones indicó que inició a laborar para la demandada desde el 1 de mayo de 1998 hasta el 16 de septiembre de 2019, a través de un contrato a término indefinido, ocupando el cargo de conductor; que al iniciar la relación laboral su remuneración era de \$364.000, presentándose variación salarial en los últimos 6 años, la cual asciende posteriormente a \$5.803.040; que la entidad empleadora terminó de manera unilateral el contrato de trabajo sin justa causa el 16 de diciembre de 2019, pero el mismo día indujo en error al trabajador, haciéndole firmar un contrato de transacción, buscando la renuncia de sus derechos de carácter laboral, cierto e indiscutibles; que en la entidad se encuentra vigente la convención colectiva suscrita entre la Fundación Universidad de América y el sindicato SINTRAUNICOL; que la demandada omitió la afiliación al sistema general de seguridad social en riesgos laborales; que omitió el pago de las cesantías de algunos periodos, además de que no se realizó el pago con el salario base real de liquidación; que no se ha pagado los intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones. (Fols. 1 a 21 Archivo demanda)

2. Contestaciones. Fundación Universidad de América.: En lo que interesa a la causa, se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que no se presentaron vicios en el consentimiento (error, fuerza, dolo) en el contrato de transacción celebrado entre las partes, la cual goza de plena validez, y no vulneró derechos ciertos e indiscutibles, reconociéndose una suma de \$37.016.955; que la entidad demandada canceló todas y cada una de las acreencias laborales a las que tenía derecho como trabajador conforme el salario realmente devengado, sin que se adeude suma alguna. Como excepciones de mérito rotuló las de buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, prescripción, y cosa juzgada.

(Fol. 19 a 22 archivo contestación).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de agosto del 2021, en la que el fallador declaró probada parcialmente la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada, en relación con las pretensiones declarativas de la demanda identificadas bajo los numerales 2, 3, 4 y 5, y respecto de las pretensiones condenatorias identificadas en los numerales 1, 4, 6 y 8; absolvió a la demandada Fundación Universitaria de América de las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante, y lo gravó en costas.

Para arribar a tal decisiva, adujo que no estaba en discusión la existencia de la relación laboral que unió a las partes entre el 1 de mayo de 1998 al 16 de diciembre de 2019, siendo el objeto de disenso la nulidad o ineficacia del contrato de transacción, para lo cual, luego de hacer referencia al artículo 1508 del Código Civil y la sentencia SL4573 de 2020, concluyó que no se puede establecer que se haya obligado a firmar el contrato de transacción o que existan actos que constituyan fuerza o dolo, así como tampoco se observa que se hayan presentado presiones indebidas, al contrario, precisó que el actor conoció del contrato de transacción y los términos allí convenidos que dieron lugar a la finalización del contrato por mutuo acuerdo, en la que aceptó y recibió un bonificación de mera liberalidad. Asimismo, consideró que la manifestación de que el contrato estaba viciado de error solo se quedó en una simple afirmación sin prueba que así lo acredite, incluso en el contrato de transacción se hace alusión a la carta de terminación del contrato sin justa causa, misma que se dejó sin efectos, y se procedió a suscribir el contrato de transacción, además se reconoció unos valores que no violentan derechos ciertos e indiscutibles.

En cuanto a los pagos o bonificaciones a que alude el actor constituyen factor salarial y que debían tenerse en cuenta en la liquidación de salarios y prestaciones sociales, adujo que tales emolumentos eran otorgados de manera voluntaria, siendo que el mismo demandante en el interrogatorio mencionó que se los solicitaba al señor Jaime Posada y aquel se los autorizaba, pero que no tenían contraprestación directa con el servicio.

En cuanto a las cesantías e intereses a las cesantías, encontró que tales conceptos fueron pagados en debida forma, tal como se demostró por la pasiva con la prueba documental, misma que no fue desconocida ni tachada por el demandante.

Que si bien en la historia laboral de aportes a la seguridad social se evidencia que en algunos periodos el ingreso base de liquidación es superior al salario devengado, ello no conlleva a entender que con el mismo valor debe hacerse el pago de las acreencias laborales, ya que las prestaciones se liquidan es con el salario devengado.

Así las cosas, estableció que el contrato de transacción tiene la virtualidad de configurar la cosa juzgada, y así lo declaró, precisando que en lo que respecta a las cesantías, las mismas fueron pagadas. (Fol. 10 a 11 con CD de Audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte **demandante** formuló recurso de apelación alegando que es evidente que el contrato de transacción esta viciado, ya que se indujo en error y miedo al actor que lo llevó a firmar tal contrato; que no se valoró el material probatorio ya que el salario de los desprendibles de pago no estaba conforme a la realidad, pues los aportes a la seguridad social se hicieron con un salario diferente; que tampoco se valoró el certificado de ingresos y retenciones, donde se denota que se recibieron por otros conceptos alrededor de 77 a 80 millones, valor total por bonificaciones; que el contrato de trabajo finalizó por decisión unilateral del empleador, además que no se tuvo en cuenta el interrogatorio de la parte demandada, donde se deja claro que el contrato de transacción ya estaba listo o ya existía, además que al actor solo se le presentó una sola liquidación y fue la del acuerdo de transacción; que existió error en el contrato de transacción, y finalmente, que adicional al recurso de apelación, sea estudiada la decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

5. Alegatos.

5.1 Demandante. Solicita que se revoque la sentencia y se conceda las pretensiones, con basamento en que no se valoraron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se suscribió el contrato de transacción, desatendiéndose las afirmaciones del representante legal, igualmente que no se valoraron los elementos probatorios que dan cuenta de la existencia de un salarial real diferente al que dio por acreditado el a quo; que de haberse valorado en su conjunto la prueba obrante en el proceso se hubiera llegado a conclusión diferente, esto es, accediendo a las pretensiones; que no se configura la cosa juzgada con el contrato de transacción, el cual debe declararse ineficaz o nulo por vicios en el consentimiento, además porque se vulneran derechos cierto e indiscutibles del trabajador.

5.2 Demandada. Pregon a que se confirme la decisión de instancia, ya que el contrato de transacción no se encuentra viciado el consentimiento, ni versa sobre derechos ciertos e indiscutibles.

6. CONSIDERACIONES

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, descartando desde ya la asunción del grado jurisdiccional de consulta que suplica la parte actora como adicional al recurso de alzada, pues de conformidad con el artículo 69 *ejusdem*, en lo particular, el Grado Jurisdiccional de Consulta solo se abre paso en el evento de que la decisión de instancia **no haya sido recurrida** por el trabajador a quien le haya sido totalmente adversa la decisión de primer grado, lo que no acontece en el sub examine.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los **siguientes problemas jurídicos:**
(i) ¿Es válido el acuerdo transaccional suscrito por las partes el 16 de diciembre de 2019 a través del cual se terminó por mutuo acuerdo el contrato de trabajo, y por tanto hizo tránsito a cosa juzgada? **(ii)** ¿Le asiste derecho al demandante a la reliquidación de acreencias laborales, en la que se tenga en cuenta el ingreso base de liquidación reportado en la historia laboral de COLPENSIONES?

i) Relación laboral

No existe controversia en cuanto a que el actor prestó sus servicios para el demandado Fundación Universidad de América desde el 01 de mayo de 1998 hasta el 16 de diciembre de 2019, tal como lo consideró el a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba documental y aceptado de manera expresa al contestar el libelo genitor (Fols. 1 a 22 Cd folio 11), en ese orden, la discusión radica en la ineficacia del contrato de transacción y la reliquidación de acreencias laborales.

ii) Terminación por mutuo acuerdo, contrato de transacción y cosa juzgada

Al respecto, y para resolver el problema jurídico de fondo, estima pertinente la Sala relieves que en materia laboral los actos jurídicos deben ser libres, espontáneos y exentos de vicios del consentimiento como el error, la fuerza y el dolo, conforme lo establecen los artículos 1502 y 1508 del Código Civil, a los que se puede recurrir como norma supletoria en términos del artículo 19 del C.S.T.

En el *sub lite*, tenemos que la parte actora invoca un error en la causa del acto jurídico suscrito, es decir, en los motivos determinantes de la expresión de voluntad del demandante, por lo cual ha de memorarse que la causa es un elemento esencial de todo acto jurídico, en razón a que éste debe tener una causa real, conforme lo dispone el artículo 1524 del Código Civil, configurándose el error en este elemento cuando existe discrepancia entre el motivo que promueve la celebración del acto y la manifestación de voluntad, de forma tal que la persona no hubiere celebrado el acto jurídico o sólo lo hubiere hecho en condiciones diferentes de no haber existido tal discrepancia entre la realidad y lo sabido.

No obstante, para demostrar tal yerro, el *onus probandi* le compete a quien lo alega, siendo que los vicios del consentimiento deben estar suficientemente probados en el proceso para que el juez pueda declararlos, tal y como lo ha reiterado bastamente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la reciente SL572-2018, en la cual reiteró:

"...Frente a los vicios del consentimiento, esta Corporación en su jurisprudencia ha sostenido que no se pueden presumir por el juez laboral sino que deben estar suficientemente acreditados dentro del juicio, en el entendido de que "...con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C., el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso" (sentencias SL16539-2014, SL10790-2014 y SL13202-2015)."

Ahora bien, en derredor del caso en estudio, resulta pertinente traer a colación los predicamentos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de junio de 1982, con plena vigencia hogaño, respecto de la terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento, en donde sostuvo:

"...En la vida del derecho, el mutuo consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para realizar un negocio jurídico, tiene en

principio plena validez. Pero si el consentimiento de alguna de esas personas está viciado por error, fuerza o dolo, el acto es susceptible de invalidación.

Por mutuo acuerdo entre empleador y empleado debe siempre celebrarse el contrato de trabajo. Y en la misma forma puede modificarse o aun extinguirse por resciliación. Pero esta última no exige esencialmente que la gratuidad sea el móvil determinante para uno o para ambos contratantes cuando quieran de consuno fenecer el contrato. Bien puede una de las partes ofrecerle a la otra una compensación en dinero o en especie para que acepte resciliar el contrato, sin que esa oferta pueda calificarse por sí misma como una forma de coacción o de violencia ejercida sobre la contraparte.

Si quien recibe la oferta decide aceptarla porque la encuentra conveniente para sus intereses, no hay base para sostener que el contrato de trabajo fue roto unilateralmente por el oferente y que hubo una víctima de un obrar contrario a derecho que debe ser indemnizada. Aquella manifestación expresa de uno de los contratantes de aceptar lo ofrecido por su contraparte no puede calificarse como intrínsecamente inválida, puesto que no cabe olvidar tampoco que el error, la fuerza o el dolo no se presumen sino que deben demostrarse plenamente por quien alegue haberlos padecido”

De lo que viene dicho, se infiere que el simple ofrecimiento del empleador de cualquier prebenda, vale decir: una suma de dinero, una futura vinculación o el pago de cursos de capacitación, a cambio de la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, no implica necesariamente que el consentimiento del trabajador no sea consciente, libre y espontáneo, ni que se haya dado bajo constreñimiento, presión, engaño, error o violencia; puesto que tales ofrecimientos son perfectamente válidos en la legislación y la jurisprudencia colombiana, así los mismos se realicen individual o colectivamente, en un recinto abierto o en una oficina a puerta cerrada, por comunicación interna de la empresa o mediante correo. Inclusive, el hecho de indicarle al trabajador una fecha límite para la aceptación de la propuesta tampoco implica un vicio del consentimiento del trabajador, pues a la luz del principio de la autonomía de la voluntad el empleador puede realzar distintos ofrecimientos bajo múltiples condiciones, a la par que el trabajador es libre de aceptar o rechazar los mismos, o inclusive, negociar otros diferentes.

Importa precisar en este ítem, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha discurrido 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 de 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 forma pueden ser aprobadas o desestimadas por éste*” (SL-2503-2017). Más aún, si la jurisprudencia ha pregonado que dichas ofertas económicas “*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 laborales*” (CSJ SL, 7 jul. 2009, rad. 36.728).

Descendiendo al caso concreto, nótese que la parte actora no allegó ninguna probanza con la cual sustente sus pretensiones, ya que solo se tiene el referido contrato de transacción y la versión rendida por las partes en el interrogatorio de parte, elementos de los cuales no se desprende el error, engaño o presión a que alude la parte actora,

al contrario, del mismo contrato de transacción (Fols. 4 a 7) se deja entrever que inicialmente la entidad había tomado la decisión de culminar el contrato de trabajo sin justa causa, pero con posterioridad por acuerdo entre las partes se decidió dejar sin efecto tal terminación unilateral y proceder a dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, con el reconocimiento de una bonificación por retiro de \$37.016.955, discriminada en \$27.016.955 que se incluyó en la liquidación final de prestaciones, y una camioneta Rodeo Chevrolet, avaluada en \$10.000.000.

Asimismo, alude la parte actora que no se valoró el interrogatorio de parte absuelto por la demandada, en el que se evidencia que el actor no tuvo participación en el acuerdo de transacción, ya que el mismo estaba previamente elaborado, y además tampoco se le presentó la liquidación de lo que le correspondía como indemnización por despido sin justa causa; al respecto, considera la Sala que el a quo sí valoró el interrogatorio de la pasiva, cuestión diferente es que no le haya dado el alcance que pretende el recurrente, pues la representante legal de la demandada manifestó que se citó al demandante y se le presentó las dos opciones, es decir, al retiro de la entidad sin justa causa con el reconocimiento de la indemnización y el acuerdo de transacción, y a pesar de que en efecto manifestó que se le presentó solo una liquidación, esto es, la referida al contrato de transacción, ello no genera la nulidad del acuerdo transaccional, debido a que el actor tenía la posibilidad de escoger entre el acuerdo transaccional o la indemnización por despido sin justa causa, es decir, rechazar el acuerdo de transacción, con lo que la empresa hubiera procedido a reconocer la indemnización por despido sin justa causa que previamente ya se había comunicado, liquidando su valor en los términos legales. Dicho de otra manera, fueron las mismas partes quienes decidieron dejar sin efecto la carta de terminación unilateral del contrato para proceder a finalizar el contrato de trabajo por mutuo acuerdo con la suscripción del contrato de transacción, quedando a voluntad del actor aceptar este último o rechazarlo, sin que se evidencie presión o coacción de parte de la entidad demandada, pues nada de ello se encuentra demostrado.

Igualmente, el hecho de que el contrato de transacción ya hubiere sido elaborado o que provenga de la entidad demandada, no conlleva a que se le reste validez o que configure su ineficacia, y así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras en la sentencia de radicado No 26071 del 4 de abril de 2006, reiterada en la de radicado No 38706 del 16 de octubre de 2012, en los siguientes términos:

"Frente a la circunstancia que las actas las hubiere elaborado la sociedad demandada, basta expresar lo que en otras oportunidades ha reiterado esta Corporación, en el sentido de que "El hecho de que el mencionado documento fuera elaborado por la demandada, no deja sin valor ni efectos jurídicos el consentimiento puro y simple del actor expresado allí. Ni es tampoco una circunstancia inequívoca con la que se permita arribar a la conclusión de que el acuerdo estuvo viciado por error, fuerza o dolo".

De lo que viene expuesto, debe decirse que el propio demandante aceptó en el interrogatorio que suscribió el acuerdo de transacción, y que leyó su contenido, refiriendo solo de manera genérica que fue presionado; empero, se itera ninguna probanza fluye del cartulario que lleve a la Sala a inferir la ineficacia pretendida, máxime cuando ninguna objeción se presentó al momento de suscribir tal acuerdo, pues solo con posterioridad alude a que debió incluirse en el referido contrato de transacción el valor de la indemnización por despido sin justa causa.

Es más, de conformidad con la sentencia con radicación No 7712 de 1995 no puede entenderse que para la terminación del contrato por mutuo acuerdo deba el trabajador ser mirado como un objeto que pasivamente se somete a las decisiones del empleador, pues en reconocimiento de su dignidad humana: *"obliga a rechazar cualquier concepción doctrinaria que dé base para concluir que el trabajador no está en condiciones de deliberar en un momento dado si le conviene o no permanecer bajo un determinado vínculo contractual, y mucho menos que tiene la obligación de aceptar cualquier propuesta, por bien intencionada que ella sea, de su patrono, y que no le es lícito discutirla o proponer fórmulas de acuerdo diferentes, bien sea para seguir trabajando o para dejar de hacerlo y terminar por mutuo consentimiento el contrato"*, situaciones que no se presentan en el asunto bajo examen, en la medida en que nada se demuestra frente a los vicios en el consentimiento, sino que su inconformidad radica en que no se incluyó lo que le hubiere correspondido por indemnización por despido sin justa causa, inconformidad que no puede ahora servir de base para restarle validez a un acto serio, y revestido de buena fe.

Sin más por decir al respecto, considera la Sala que no se encuentra acreditado la ineficacia del contrato de transacción suscrito entre las partes.

Continuando con el hilo conductor de la alzada propuesta, se duele la parte actora que durante la vigencia de la relación laboral se otorgaron unas bonificaciones de carácter salarial, y por ende, al ser un derecho cierto e indiscutible, no se encuentra inmerso en el contrato de transacción, y a la vez, da lugar a la reliquidación de prestaciones teniendo en cuenta el valor del verdadero salario devengado que se reporta en la historia laboral de cotizaciones al sistema general de pensiones.

En orden de lo anterior, viene a propósito resaltar por la Sala, que la inconformidad se plantea es en torno de la reliquidación de acreencias laborales con base en derechos de carácter extralegal que no quedaron comprendidos en el contrato de transacción, y que a juicio del recurrente tienen la naturaleza de ser derechos ciertos e indiscutibles, lo cual lleva a la Sala a estudiar qué entiende la jurisprudencia por derechos ciertos e indiscutibles, para luego descender a la solución sustancial de la inconformidad planteada en el *sub examine*, es decir, si las referidas bonificaciones constituyen derechos ciertos e indiscutibles que no podían ser materia del contrato de transacción.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso en que se pretendía la reliquidación de acreencias laborales con base en unas prerrogativas de carácter convencional que el actor consideraba constituían factor salarial, y que por ello, no quedaban inmersas en el acta de conciliación celebrada entre las partes, abordó el estudio de los derechos ciertos y discutibles, concluyendo que en la convención colectiva de trabajo no se le asignó la connotación de salarial a los beneficios pretendidos, y en tal sentido, no se les puede otorgar el carácter de ser derechos ciertos e indiscutibles; al contrario, había incertidumbre de su naturaleza salarial, y al haberse estipulado en el acuerdo conciliatorio que dirimían los concelebrantes: *"todas las diferencias existentes entre las partes sobre los derechos causados o presuntamente causados a favor de la trabajadora, en la relación laboral anteriormente citada, la suma de ... a título de bonificación no constitutiva de salario, conciliatoria de todo concepto laboral originado de manera directa o indirecta en el Contrato individual que vinculó a los comparecientes"*, daba lugar a considerar que lo reclamado por beneficios extralegales también se encontraba allí incluido, se itera, por no tener la naturaleza de derechos ciertos e indiscutibles.

Para mejor proveer, y en sustento de la tesis de la Sala, se extractan algunos apartados de la sentencia SL1912-2014:

La censura hace un esfuerzo argumentativo para demostrar que, contrario a lo asentado por el ad quem, las pruebas acusadas indicaban que la naturaleza salarial de las primas extralegales recibidas por la actora se trataba de un derecho cierto e indiscutible, y que, por tanto, en su criterio, ni el carácter salarial ni los reajustes respectivos reclamados consecuentemente podían ser objeto de conciliación; y que, además, dichas reclamaciones no fueron materia del citado acuerdo, como equivocadamente lo entendió el ad quem.

(...)

Conforme a lo anterior, observa la Sala que las pruebas denunciadas no arrojan seguridad alguna sobre la connotación salarial de las primas extralegales en cuestión para el momento en que fue llevado a cabo el acuerdo conciliatorio, pues ninguna de ellas contiene, expresamente, una calificación en ese sentido de cara a los citados estipendios extralegales.

Lo que la censura persigue realmente con el presente proceso es reabrir el debate de fondo sobre la naturaleza salarial de las primas extralegales, con el propósito de adquirir ahora la certeza de dicho carácter y tratar de oponer esta certeza a la conciliación que fue celebrada el pasado 17 de enero de 2001, por haber versado sobre un derecho cierto e indiscutible, lo cual es a todas luces improcedente, en razón a que la no certeza del derecho como presupuesto de procedibilidad de la conciliación ha de predicarse para el momento de la celebración del acuerdo, donde, ante la falta de dicha condición, las partes pueden optar por la autocomposición de la controversia con los efectos de cosa juzgada.

(...)

Lo anterior se refleja en decisiones como la CJS SL, 27 jul. 2013, rad. 40395, donde se abordó una discusión similar a la planteada en este proceso, en un asunto seguido en contra de la misma entidad demandada. Dijo la Corte en aquella oportunidad:

Por otra parte, sobre la inconformidad de la censura en torno a que el ad quem no tuvo en cuenta que la conciliación puesta en entredicho, a su juicio, trasgrede el derecho cierto del carácter salarial de las primas extralegales devengadas por el actor, no está demás advertir que la jurisprudencia de esta Sala también se ha pronunciado para negar tal carácter de las primas de vacaciones y de antigüedad reconocidas extralegalmente a los trabajadores de la entidad financiera aquí demandada; lo que basta para dejar sin sustento el carácter de derecho cierto e indiscutible que le pretender dar el censor a tal reclamación con miras a objetar la procedencia de la conciliación frente a esta clase de derechos, para restarle la eficacia de la cosa juzgada derivada de dicho acuerdo y así poder darle vía al pronunciamiento judicial sobre la controversia.

De manera liminar, cumple anotar por la Sala que le asiste razón al a quo al afincarse en la configuración de la excepción de cosa juzgada, pues nótese que desde el libelo genitor se evidencia que las bonificaciones o el salario que dice es el realmente devengado contiene la incertidumbre de ser un derecho cierto e indiscutible, en la medida en que ninguna probanza refleja que se les haya dado el carácter de salarial a las bonificaciones que recibía el actor, al contrario, de la prueba documental de folios 24 a 33 se logra extraer que de manera esporádica se otorgaron algunas bonificaciones, en la que se deja la anotación de ser voluntarias y por mera liberalidad, pero se itera,

fueron en periodos esporádicos, y en gracia de discusión, ninguna probanza permite concluir que hayan sido por retribución directa del servicio, ya que el mismo demandante en el interrogatorio de parte adujo que los solicitaba al señor Jaime Posada y aquel se los autorizaba, lo que se constata con la documental antes referida, como en la que milita a folio 27, donde se dice que fue autorizada por la presidencia, pero ningún elemento suasorio se refleja en punto a revisar la naturaleza de tales bonificaciones y si la misma constituye salario en los términos del artículo 127 del CST.

Ahora, sobre su correcta intelección del artículo 127 del CST, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1662 de 2021, hace todo el andamiaje jurisprudencial respecto del artículo, en la que extrae apartes de las sentencias desde la radicación No 5481 de 2003 hasta la SL4850 de 2019, y en lo que aquí concita la atención de esta Sala, determina que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, existe la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados extralegalmente por el empleador, pueden ser considerados sin incidencia salarial, pero para que aquello ocurra debe verificarse si ese beneficio habitual u ocasional constituye retribución directa del servicio, es decir, le corresponde al juzgador *"examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado (...)"*

En la misma providencia se determina que el solo hecho de que se reciba un beneficio de manera periódica no implica que tenga incidencia salarial, razón por la que, el administrador de justicia no puede de manera simplista determinar la incidencia salarial por la manera habitual en que se recibe una suma de dinero, sino que debe realizar un **"juicio hermenéutico"** para desentrañar si lo recibido a favor del trabajador fue para remunerar el servicio prestado o lo fue para otra finalidad.

Frente a este particular tema, de manera más puntual nuestro máximo órgano de justicia ordinaria dejó sentado que para darle connotación salarial a un pago, la parte activa **debe probar su origen**, esto es, que se efectuó como contraprestación directa del servicio, de lo contrario resultaría impróspera la pretensión **(SL7820/14)**. Respecto a que se entiende por contraprestación directa del servicio, ha enseñado que es aquella cuyo pago depende de lo que haga o deje de hacer el trabajador, por ello, es necesario establecer si la contraprestación económica se generó o no por la actividad desarrollada por el trabajador **(SL2029/20 que reitera SL435/19, Rad. 32657/09)**.

De lo que viene dicho al no tener certeza del carácter salarial de las referidas bonificaciones, en tanto que ninguna prueba se endereza en tal sentido, no es posible adentrarse al estudio de la reliquidación de acreencias que propone la parte actora, al contrario, debido a que se trata de un derecho incierto y discutible quedó inmerso en el contrato de transacción, cuya clausula 4, establece : *"las partes acuerdan TRANSAR todos los reclamos, derechos y beneficios y **otros derechos inciertos y discutibles que pudieran existir entre las partes**, y que fueron planteados en éste contrato, o cualquier otra que hubiere podido surgir entre las partes"* (Fol. 6). (Negrilla fuera del texto).

De igual manera, en lo referido a que la historia laboral de cotizaciones en pensiones se refleja en algunos meses unos valores superiores al salario que certificó la entidad demandada como devengados, y que debía tenerse en cuenta tal emolumento para proceder a reliquidar las acreencias, estima la Sala que en efecto una vez revisado la historia laboral de COLPENSIONES y las órdenes de pago por los servicios prestados,

encuentra que en efecto existen discrepancias entre el valor que se refleja en las órdenes de pago con el IBC de la historia laboral de cotizaciones, pero ello no da pie a que deba tenerse en cuenta como salario devengado la suma que se refleja en la historia laboral de COLPENSIONES, dado que existe incertidumbre de que el valor total que se refleja en COLPENSIONES corresponda con el salario que devengó el actor, pues a manera de ejemplo, en el periodo agosto de 2018 se dice en el comprobante de nómina que el salario básico es de \$1.741.232 y como aporte en pensiones la suma de \$106.200; no obstante, en la historia laboral de COLPENSIONES se refleja como IBC el valor de \$2.652.740 y una cotización pagada de \$424.600, lo que imposibilita al juzgador realizar el "**juicio hermenéutico**" para desentrañar si lo recibido a favor del trabajador fue para remunerar el servicio prestado o lo fue para otra finalidad, así como también **probar su origen**, y por ende, ante la falta de elementos suasorios que de sostén a la pretensiones enarbolada en este aspecto, no queda otro camino que confirmar la absolución en este ítem. Argumentación que sirve de base para la valoración de los referidos certificados de ingresos y retenciones, pues allí solo se hace alusión de manera general a "otros conceptos", sin que permita tener certeza a qué o a cuáles estipendios laborales se refiere.

En este orden de ideas, brota palmario que no se equivocó el juez de primer grado al tener en cuenta los efectos de cosa juzgada del acuerdo transaccional, habida cuenta que no versó sobre derechos ciertos e indiscutibles como lo asegura el actor. En esa dirección, se tiene que bien procedió al declarar el medio enervante de la cosa juzgada, pues con arreglo al texto del contrato de transacción diseccionado, era razonable inferir que las pretensiones de reliquidación con base en la naturaleza salarial de las bonificaciones fueron transadas entre las partes.

Finalmente, acota la Sala que a folio 40 obra liquidación final de prestaciones donde se reporta el salario devengado por el actor, y que fue referido incluso en el contrato de transacción por valor de \$1.831.428 mensual, en la que se liquidan las cesantías del año 2019, intereses a las cesantías y vacaciones. Asimismo, a pesar de no ser objeto de apelación se encuentra demostrado el pago de las cesantías en los años a que refiere las pretensiones de la demanda como a bien tuvo el a quo considerarlo, por lo que se confirmara la absolución impartida sobre este tópico por el a quo.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del demandante y a favor de la entidad demandada, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 agosto del 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a favor de la Fundación Universidad de América, y a cargo del demandante. Las de primera se confirman.

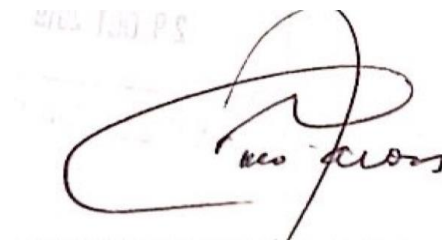
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia a favor de la Fundación Universidad de América, y a cargo del demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$454.263 , correspondiente a ½ SMLMV.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ANTONIO MANUEL COLLAZOS GAMEZ
Demandado: ECOPETROL S.A.
Radicación: 11001-3105-006-2018-00684-01 y 02.
Tema: COSA JUZGADA – FUERO CIRCUNSTANCIAL

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

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

AUTO y SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ANTONIO MANUEL JR COLLAZOS GAMEZ instauró demanda ordinaria contra ECOPETROL S.A., con el propósito de que se condene a la demandada al reintegro al mismo cargo que desempeñaba al momento de producirse el despido o a otro de igual o superior categoría, así como el pago de salarios y prestaciones legales y extralegales dejados de cancelar desde el despido hasta que se haga efectivo el reintegro; que se ordene el pago de los aportes a la seguridad social en salud y pensiones; se declare sin solución de continuidad el contrato de trabajo, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como sustento factico de las pretensiones indicó que mediante contrato a término indefinido laboró para la sociedad demandada desde el 1 de diciembre de 2008 hasta el 20 de noviembre de 2017, cuyo último cargo desempeñado fue de Profesional 1ª, con una asignación salarial de \$13.123.672; que el 20 de noviembre de 2017 la sociedad demandada le comunicó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, frente a lo cual el 21 de noviembre de 2017 solicitó el reintegro al mismo cargo por encontrarse bajo el amparo legal del artículo 25 del DL2351 de 1965, pero le fue negado a través de respuesta del 06 de diciembre de 2017; que el 20 de enero de 2016 fue creada la organización sindical Sindicato de Trabajadores Petroleros de ECOPETROL S.A. "SINPECO", sindicato de primer grado domiciliado en Neiva; que el actor es socio fundador de la organización sindical SINPECO, y el 09 de marzo de 2017 deciden crear la Subdirectiva Seccional Bogotá, debidamente notificada al empleador y al Ministerio del Trabajo; que en la seccional Bogotá fue elegido como cuarto suplente de la Junta Directiva, decisión también comunicada al empleador y al Ministerio del Trabajo; que el 05 de julio de 2017 en asamblea general el sindicato SINPECO aprobó el pliego de peticiones, el cual fue presentado ante ECOPETROL S.A.

el 04 de septiembre de 2017; que el 13 de septiembre de 2017 ECOPETROL S.A. comunicó al sindicato SINPECO la negativa de negociar el pliego de peticiones, con lo cual, se procedió a presentar querrela ante el Ministerio del Trabajo los días 05 y 28 de septiembre de 2017 a fin de que se conminara a negociar el pliego de peticiones; que el 18 de octubre de 2017 el Ministerio del Trabajo le comunicó al sindicato SINPECO el inicio del trámite administrativo laboral en averiguación preliminar por la presunta negativa a negociar el pliego de peticiones; que al momento del despido el Ministerio del Trabajo no había resuelto la querrela presentada por el sindicato SINPECO; que al momento del despido se encontraba cotizando a la organización sindical SINPECO; que al momento del despido se encontraba la entidad demandada en conflicto colectivo, ya que aún no se había firmado una convención colectiva o emitido laudo arbitral. (Fols. 4 a 11)

2. Contestación. ECOPETROL S.A.: En lo que interesa a la causa, se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que el contrato de trabajo fue terminado dentro de los parámetros constitucionales y legales, en el entendido que el demandante no se encontraba cobijado por ningún fuero circunstancial ni sindical, por lo cual mal podría el juzgador declarar el reintegro del ex trabajador. Como excepciones previas rotuló la de cosa juzgada y prescripción, y como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, prescripción y la genérica. (Fol. 113 a 125).

3. Decisión de primera instancia auto. Mediante auto del 05 de octubre de 2021 se declaró no probada la excepción previa denominada cosa juzgada propuesta por ECOPETROL S.A., con fundamento en que el proceso que cursó en el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá difiere del presente proceso, ya que allí se discutió la garantía del fuero sindical de que trata los artículos 405 y 406 del CST, mientras que en el presente proceso se trata de establecer si el actor se encuentra protegido por el fuero circunstancial en los términos del artículo 25 del Decreto Ley 2351 de 1965 relativo a la prohibición de despedir sin justa causa durante el periodo de negociación colectiva; que el presente proceso se funda en la existencia de un conflicto colectivo, diferente al proceso de fuero sindical que se adelantó en el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

3.1 Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión se propuso recurso de apelación por parte de ECOPETROL S.A., con fundamento en que es evidente de acuerdo a la prueba obrante en el proceso que el proceso que cursó en el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá lo es por los mismos hechos, argumentos y fundamentos de derecho que el proceso aquí debatido.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 05 de octubre del 2021, en la que la falladora absolvió a la entidad demandada de las suplicas del actor, gravándolo en costas.

Para arribar a tal decisiva, empezó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si al momento de la terminación del contrato de trabajo del actor, se encontraba amparado por el fuero circunstancial de que trata artículo 25 del Decreto Ley 2351 de 1965.

Determinó que no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones, en la medida en que si bien se probó su afiliación al sindicato SINPECO, para la fecha en que aconteció el despido no existía conflicto colectivo, pues el pliego de peticiones presentado por el sindicato el 4 de septiembre de 2017 fue devuelto por ECOPETROL S.A. el 13 de

septiembre de 2017, cuyo fundamento estriba en que estaba vigente la Convención Colectiva 2014-2018, misma que no se había denunciado en los términos de que trata el artículo 479 del CST, requisito necesario para presentar un nuevo pliego de peticiones, además que tal convención colectiva también beneficiaba a los miembros del sindicato SINPECO.

En ese orden, como no en todos los casos que se presente un pliego de peticiones empieza a regir el fuero circunstancial, adujo que en el presente proceso, para la fecha en que se terminó la relación laboral, que lo fue el 20 de noviembre de 2017, no existía conflicto colectivo, y por ende no opera la protección legal pretendida, impartiendo absolución a la entidad demandada. (Fol. 245 a 246 con CD de Audiencia)

4.1 Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte **demandante** formuló recurso de alzada alegando que la decisión de instancia se aparta del precedente que ha fijado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL415-2021; que el empleador tiene la obligación de negociar el pliego de peticiones de un sindicato minoritario, en procura de no vulnerar el derecho de asociación sindical; que el precedente es claro, y en el presente asunto está acreditado que se radicó un pliego de peticiones y se interpuso una querella ante el Ministerio del Trabajo, siendo la única manera de conminar a la entidad demandada a negociar el pliego de peticiones; que el pliego de peticiones se presentó el 9 de septiembre de 2017 y el despido aconteció el 20 de noviembre de 2017, fecha para la cual estaba vigente el conflicto colectivo, ya que el sindicato a pesar de la negativa de la entidad no abandonó la negociación, y hasta el día de hoy se encuentra vigente el conflicto, tal como lo relató el declarante.

5. Alegatos. La parte demandante después de citar en extenso sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, solicita que se revoque la decisión de instancia, en tanto que para la fecha de despido se encontraba amparado por el fuero circunstancial, ya que el sindicato no había declinado el pliego de peticiones presentado ante el empleador.

6. CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los **siguientes problemas jurídicos:**
(i) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al tener por no demostrada la excepción previa de cosa juzgada? Y **(ii)** ¿Para la fecha en que el demandante fue desvinculado, gozaba o no de fuero circunstancial, en caso afirmativo, si hay lugar al reintegro?

i) Relación laboral

No existe controversia en cuanto a que el actor prestó sus servicios para el demandado ECOPETROL S.A. desde el 01 de diciembre de 2008 hasta el 20 de noviembre de 2017, tal como lo consideró el a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba documental y aceptado de manera expresa al contestar el libelo genitor (Fols. 49, 113 y 137), en ese orden, la discusión radica en la configuración de la excepción de cosa juzgada y sí el actor estaba amparado o no por el fuero circunstancial.

ii) Cosa juzgada

Esta Sala de Decisión es competente para resolver el asunto planteado, pues en los términos del numeral 3° del artículo 65 del C.S.T. y de la S.S., es procedente el recurso de apelación frente al auto que resuelva sobre excepciones previas.

Pues bien, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece en el artículo 32, modificado por el artículo 1 de la Ley 1149 de 2007, que *"También podrá proponerse como previa la excepción de prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión, y decidir sobre la excepción de cosa juzgada. Si el demandante tuviere que contraprobar deberá presentar las pruebas en el acto y el juez resolverá allí mismo. Las excepciones de mérito serán decididas en la sentencia"*.

Ahora, para resolver el asunto, importa resaltar las previsiones del artículo 303 del Código General del Proceso aplicable por vía de interpretación analógica según lo previene el artículo 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, el cual exige que para su declaratoria: *"el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad de partes"*.

La Corte Constitucional en sentencia C-774 de 2001, señaló que para que la figura de la cosa juzgada pueda ser invocada y declarada, deben reunirse en un mismo proceso tres elementos concurrentes, y de faltar alguno de estos no se configuraría, sino que se estaría ante un proceso íntegramente nuevo, a saber: **i) Identidad de objeto**, es decir, *la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente;* **ii) Identidad de causa petendi**, es decir, *la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa, y* **iii) Identidad de partes**, es decir, *al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada"*.

A su vez, en sentencia con radicación N° 49784 del 1° de febrero de 2017, la Corte Suprema de Justicia asentó que: *"para que se predique la existencia de la institución de la cosa juzgada, deben coincidir la identidad: (i) de personas o sujetos, de modo que se trate del mismo demandante y del mismo demandado; (ii) de objeto o cosa pedida, esto es, del beneficio jurídico que se solicita o reclama (no el objeto material), y (iii) de causa para pedir, es decir, el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado"*.

Bajo los anteriores parámetros, educa la Sala que en el presente asunto se convoca a la misma parte demandada en derredor de los fines perseguidos con el proceso con radicado N° 110013105-009 **2018 00046** 00, decidido en primera y segunda instancia, según la sentencia obrante a folio 153- cd 240 y 155 a 166, que da cuenta

que el señor ANTONIO MANUEL COLLAZOS GAMEZ demandó a ECOPETROL S.A., con lo que el primer presupuesto configurador de la cosa juzgada se encuentra acreditado.

Así mismo, en el petitum demandatorio del proceso **2018-00046** tal como quedó en la fijación del litigio (Fol. 153) se contrajo a:

"determinar si el demandante señor Antonio Manuel JR Collazos Gámez al momento de su despido se encontraba amparado por fuero sindical, y en consecuencia determinar si el despido fue ilegal y si procede el reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría en la demanda Ecopetrol S.A."

Pretensión principal que no guarda identidad con las que se formularon en el libelo introductorio por el que se procede en la presente causa con radicado 06-**2018-00684**, con el que se impetró:

"PRIMERA: Se Condene a la sociedad ECOPETROL S.A. a reintegrar al señor ANTONIO MANUEL JR COLLAZOS GAMEZ, al mismo cargo que desempeñaba al momento de producirse el despido o a otro de igual o superior categoría."

Hecho 27.- Al momento de producirse el despido del demandante, la sociedad demandada se encontraba en Conflicto Colectivo de Trabajo, toda vez que a la fecha de despido, aún no se había firmado una convención colectiva de Trabajo ni expedido Laudo arbitral alguno con el cual se hubiera puesto fin a la negociación colectiva".

De lo expuesto, al rompe se evidencia que entre el proceso radicado con el número 2018-00046 y el presente proceso radicado 2018-00684 hay plena identidad de sujetos procesales, habida cuenta que el demandante y la demandada son las mismas, como también se pretende igualmente de manera principal el reintegro al cargo que venía desempeñando; no obstante, el sustrato jurídico que hace viable la pretensión en uno y otro proceso son diferentes, ya que mientras en el proceso 2018-00046, adelantado en el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá se encaminó a la verificación de sí el actor estaba amparado por el fuero sindical como miembro del sindicato SINPECO, en el presente proceso se centra en verificar si estaba amparado por el fuero circunstancial por encontrarse eventualmente en trámite la negociación de un pliego de peticiones presentado por el sindicato SINPECO, es decir, se tratan de dos temas diferentes, incluso que se tramitan por cuerdas procesales disimiles, y así lo ha pregonado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia proveído AL6805-2016, radicación No 74893 del 05 de octubre de 2016, en el que sostuvo:

*"Lo anterior es indicativo de la confusión de la recurrente, pues está equiparando en un todo el fuero sindical al fuero circunstancial, figuras jurídicas que si bien es cierto son una expresión del desarrollo del derecho de asociación sindical, esto es que tienen una misma génesis y finalidad, también lo es que tienen marcadas diferencias tales como su fuente legal, a quiénes cobija, el periodo de protección y el trámite procesal, entre otras, **y como la ley no consagra un trámite especial para el fuero circunstancial, el asunto se surte a través de un proceso ordinario de primera instancia**, en el que procede el recurso de casación de cumplirse los requisitos establecidos en la ley, lo que no ocurre con el fuero sindical, pues de conformidad con el capítulo XVI del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe tramitar por medio de un procedimiento especial, en el que, se repite, no es viable el precitado recurso extraordinario (...)*
(Negrilla fuera del texto)

Con las premisas normativas y jurisprudenciales puestas de presente anteriormente, encuentra la Sala que respecto a la demanda yuxtapuesta que fue objeto de pronunciamiento definitivo por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y la presente demanda, versa sobre circunstancias jurídicas diferentes, cuyo sustento normativo difiere en uno y otro, a pesar de que el resultado puede ser el mismo, esto es, los dos procesos buscan la reinstalación al cargo que venían desempeñando antes del despido, pero con sustento normativo diferente y por tanto se verifican aspectos probatorios disímiles.

En ese orden de ideas, del estudio de la excepción propuesta por el apoderado judicial de la parte demandada se colige que no concurren los tres elementos *sine qua non* configuradores de la cosa juzgada, por lo que, para esta Corporación se impone la confirmación de la decisión de primer grado en la que con acierto la a quo declaró no probada la excepción de cosa juzgada.

iii) Fuero circunstancial

El fuero circunstancial es uno de los mecanismos de protección reconocidos por el legislador para hacer efectivo el libre ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva -artículo 55¹ superior-, en tanto impide al empleador despedir al trabajador aforado sin justa causa calificada por el juez del trabajo desde el mismo momento en que se presenta el pliego de peticiones.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que el fuero circunstancial impide que el empleador utilice el despido para socavar la capacidad de negociación de los trabajadores interesados en proponer y negociar sus reivindicaciones económicas dentro del escenario de un conflicto colectivo, independientemente de su vinculación o no a una organización sindical, de manera que se mantenga el equilibrio de fuerzas entre ambas partes. Sobre el punto viene a propósito memorar el predicamento propalado por el máximo tribunal de esta jurisdicción: “*Y por ello se ha dicho que un despido producido en esas circunstancias resulta inane, lo cual conlleva el restablecimiento del contrato de trabajo. Es decir que se trata de una protección eficaz*” (Sentencia del 28 de febrero de 2007, radicado 29.081, reiterada en providencia del 30 de septiembre de 2015, rad. 45.016).

Para los efectos del fuero especial reclamado –se reitera–, surge el conflicto colectivo desde el momento en que los trabajadores presentan el pliego de peticiones ante el empleador o uno de sus representantes, se extiende durante el proceso de negociación colectiva, con el agotamiento de todas las etapas y dentro de los términos o plazos previstos en la ley, y finaliza con i) la firma de un acuerdo o pacto colectivo ii) con la ejecutoria de un laudo arbitral, o iii) con el abandono de la negociación.

Ahora, considerando que el presupuesto basilar para que se configure el fuero circunstancial es que el despido del trabajador ocurra durante el trámite de las etapas del proceso de negociación colectiva, al tenor del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, en armonía con el inciso 3º. del art. 36 del decreto 1469 de 1978 y de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, en cumplimiento del art. 167 del C.G.P., aplicable al proceso laboral por integración normativa que permite el art. 145 del C.P.L. y S.S.,

¹ ARTICULO 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

correspondiéndole en este caso al trabajador pretensor probar que para el tiempo en que fue despedido estaba en curso un proceso de negociación de un conflicto colectivo del cual forma parte como negociador o integrante del sindicato, debiendo acreditar los dos extremos del proceso de negociación colectiva, esto es, la fecha de presentación del pliego de peticiones y la de la terminación de dicho proceso. A su turno, le concierne a la parte demandada a la que se le traslada la carga probatoria -la que por esencia es dinámica-, demostrar que tal pliego no tuvo la virtualidad de generar un conflicto colectivo (Sentencia del 23 de mayo de 2005, rad. 25.110).

Hechas las anteriores precisiones, ha de señalarse que del análisis del mérito de convicción de las pruebas recaudadas se educa que la cognoscente de instancia fundó su decisión en que al haberse devuelto el pliego de peticiones por parte de ECOPETROL S.A. el 13 de septiembre de 2017, cuyo fundamento estriba en que estaba vigente la Convención Colectiva 2014-2018, misma que no se había denunciado en los términos de que trata el artículo 479 del CST, y por ende concluyó que al no trabarse el conflicto colectivo, mal podría considerarse que para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo (20 de noviembre de 2017) se encontraba protegido por el fuero circunstancial de que trata el artículo 25 del Decreto Ley 2351 de 1965.

Lo anterior lleva a la Sala a estudiar un problema jurídico secundario, consistente en la aplicación del fuero circunstancial en los eventos en que el empleador se niega a iniciar la negociación del pliego de peticiones presentado por la organización sindical, y al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL16788-2017, radicación No 52324 del 03 de octubre de 2017, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha sostenido que: *"la interpretación del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, no conlleva necesariamente a concluir que, en todos los casos, la sola presentación del pliego de peticiones al empleador perpetúa la garantía foral hasta la suscripción de una convención, pacto colectivo o la ejecutoria del laudo arbitral, pues existen eventos en los que el conflicto colectivo cesa de manera anormal, como lo es el incumplimiento de las etapas propias de la solución del mismo; o cuando no existe por parte de quienes lo promovieron el interés suficiente de concluirlo (CSJ SL14066-2016; SL6732-2015; SL 29822, 2 oct. 2007; SL 23843, 16 mar. 2005; y SL 19170, 11 dic. 2002)"*.

Y en los eventos donde el empleador se niega a negociar el pliego de peticiones, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL16788-2017, lo siguiente:

"De suerte que, en los eventos en que las empresas se nieguen a la negociación del pliego de peticiones dentro del término legal (art. 433 CST), y frente a tal actuar la asociación sindical guarde silencio o no utilice los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para forzarlo a las conversaciones, resulta razonable entender, a partir de ese hecho, la declinación del pliego de peticiones y, naturalmente, el decaimiento del conflicto colectivo ante la falta de interés para desarrollarlo y culminarlo por parte de quienes lo promovieron".

Ahora, en un caso particular como el que aquí concita la atención de la Sala, donde el empleador se rehusó a negociar el pliego de peticiones amparado bajo el argumento de la existencia de una Convención Colectiva con el sindicato mayoritario, la Corte encontró que debía analizarse en cada caso particular si el sindicato proponente del conflicto desplegó *«las actuaciones tendientes a compeler al empleador para la negociación del pliego de peticiones»* (CSJ SL16788-2017).

Descendiendo al sub examine, tenemos que el Sindicato de Trabajadores Petroleros de Ecopetrol S.A. SINPECO presentó el 04 de septiembre de 2017 ante ECOPETROL S.A. pliego de peticiones (Fl. 139 y 140), recibiendo por parte del empleador respuesta negativa el 13 de septiembre de 2017 (fl. 141 a 143), en la que puntualiza que: *"al interior de la empresa se encuentra vigente la Convención Colectiva con vigencia 1° de julio de 2014 - 30 de junio de 2018, la cual fue resultado del proceso de negociación que, bajo los parámetros previstos en el Decreto 089 de 2014, adelantó Ecopetrol S.A. con las organizaciones sindicales USO, ADECO, SINDISPETROL y ASPEC, coexistentes en la Empresa para ese momento. (...) consideramos que no resulta procedente que existiendo una convención colectiva de trabajo que fue negociada bajo los parámetros contenidos en el citado Decreto, se dé inicio a un nuevo conflicto colectivo de trabajo derivado del pliego de peticiones presentado por la organización sindical que usted preside"*, no obstante, ante la negativa el Sindicato optó por solicitar el 28 de septiembre de 2017 (fol. 62 a 63) al Ministerio del Trabajo "querrela de policía administrativa" laboral por la presunta negativa del empleador a dar inicio a las conversaciones del pliego de peticiones presentado.

El Ministerio del Trabajo mediante oficio del 18 de octubre de 2017 le comunica al sindicato que mediante auto del 18 de octubre de 2017 se *"dio inicio a trámite administrativo laboral en Averiguación Preliminar al empleador ECOPETROL S.A. (...) por presunta negativa a negociar"* (Fol. 64), y en el citado auto, el Ministerio del Trabajo, Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia, Control y Resolución de Conflictos, determinó "citar para diligencia administrativa a ECOPETROL S.A." (Fol. 65).

Lo primero que viene a propósito mencionar es que ECOPETROL S.A. ante la presentación del pliego de peticiones por parte del Sindicato el 04 de septiembre de 2017, se negó a iniciar la etapa de arreglo directo con sustento en que no era procedente presentar pliegos de peticiones por parte del sindicato cuando existe convención colectiva vigente con los sindicatos USO, ADECO, SINDISPETROL y ASPEC, en la que también beneficiaba al sindicato SINPECO.

De lo expuesto, considera la Sala que ante la negativa de ECOPETROL S.A. en iniciar la etapa de arreglo directo frente al pliego de peticiones presentado el 04 de septiembre de 2017 por el sindicato SINPECO, este desplegó las actuaciones tendientes a conminar al empleador para la negociación del pliego de peticiones, ya que procedió el 28 de septiembre de 2017 (fol. 62 a 63) a acudir ante el Ministerio del Trabajo presentando "querrela de policía administrativa", y a su vez, tal ente Ministerial mediante auto del 18 de octubre de 2017 se dio inicio a trámite administrativo laboral en Averiguación Preliminar en contra de ECOPETROL S.A., "por presunta negativa a negociar", procediendo a "citar para diligencia administrativa a ECOPETROL S.A." (Fol. 65), lo que evidencia además que el sindicato SINPECO no dejó decaer por falta de interés el trámite del pliego de peticiones, por lo que resulta diáfano concluir que la garantía del fuero circunstancial permaneció activa desde la presentación del pliego de peticiones, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, y por lo menos, en el caso concreto sí estaba vigente para el 20 de noviembre de 2017, pues conforme el trámite que adelantó el Ministerio del Trabajo, solo hasta el 02 de febrero de 2018 fue citado el Presidente del Sindicato para ampliar y ratificar la queja (Fol. 66), en ese horizonte, considera la Sala que al igual como aconteció en la sentencia SL4569-2021, se demostró por parte de la organización sindical el uso de las herramientas administrativas y judiciales para compeler al empleador a negociar el pliego de peticiones.

Ahora en lo que refiere al motivo por el cual ECOPETROL S.A. devolvió el pliego de peticiones, considera la Sala que el criterio de la Corte Suprema de Justicia al respecto es que la existencia de alguna convención colectiva en la empresa, no imposibilita para que cualquier otro sindicato presente de manera autónoma un pliego de peticiones, al respecto se adoctrina:

"Así, la Sala ha establecido que los sindicatos pueden promover autónomamente procesos de negociación colectiva, con independencia de si en la empresa existe una convención colectiva suscrita con otro organismo sindical (CSJ SL 33998, 29 abr. 2008, CSJ SL 50795, 28 feb. 2012, CSJ SL4865-2017 y CSJ SL1983-2020), pues la pluralidad convencional al interior de una compañía está también permitida y a esta no pueden oponerse meros argumentos de conveniencia. Ello amparado así mismo por las directrices del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

En tal sentido, la Corporación ha indicado que así exista una convención colectiva de trabajo con un sindicato mayoritario, esto no puede ser un obstáculo para que se active un nuevo conflicto colectivo con organizaciones de carácter minoritario «en la medida que, con independencia de si sus afiliados tienen la calidad de multifiliados, cada sindicato puede promover una negociación colectiva y pretender la suscripción de un acuerdo colectivo» (CSJ SL3491-2019). Por tanto, no es necesario que el instrumento colectivo con la organización de trabajadores mayoritaria sea denunciado para que surja el conflicto colectivo con una de carácter minoritario"

Finalmente, en otro caso de similares contornos contra la entidad aquí enjuiciada en la que se negó a darle trámite al pliego de peticiones presentado por otra organización sindical y con fundamento en el Decreto 089 de 2014, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL-2554 de 2021), dijo:

"Así las cosas, advierte la Sala que no resultó equivocado el Tribunal cuando reconoció el legítimo derecho del sindicato al cual estaba afiliado el actor a presentar un pliego de peticiones aun cuando ya estaba vigente una convención colectiva en la empresa recurrente; todo lo que hizo posible la existencia de un conflicto colectivo que debía solucionarse por las vías institucionales articuladamente con la inercia de negociación propia de la compañía en los términos analizados previamente, pero sin desmedro de la autonomía que le asiste constitucionalmente".

En consecuencia, al estar demostrado que el Sindicato de Trabajadores Petroleros de Ecopetrol S.A. - SINPECO, presentó un pliego de peticiones a ECOPETROL S.A. el 04 de septiembre de 2017 (Fol. 57); que la empresa se resistió a iniciar las conversaciones (Fol. 58 a 59) y que SINPECO hizo uso de las herramientas administrativas y judiciales para compeler al empleador a negociar (Fol. 60 a 63), no hay duda de que permaneció activa la garantía foral circunstancial estatuida en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965. Por tal virtud, si el actor estaba afiliado al mencionado sindicato, de la cual se le estaban haciendo los respectivos descuentos por nomina como "SINPECO CUOTA" (fl. 68 a 75), el despido sin justa causa en vigencia del conflicto colectivo (fl. 49), deviene ineficaz (CSJ SL12451-2015).

En lo relacionado con la excepción de prescripción no prospera, por cuanto la terminación del contrato de trabajo sin justa causa aconteció el 20 de noviembre de 2017 (Fol. 49); el actor reclamó a ECOPETROL S.A. el reintegro el 24 de noviembre de

2017 (fl. 50), y presentó la demanda el 14 de septiembre de 2018 (fl. 1), es decir, entre una y otra calenda no transcurrieron los tres años de que trata el artículo 151 del CPTSS, por lo que no está llamada a prosperar tal excepción.

Ahora, como se propuso la excepción de compensación (Fol. 123) y en la liquidación final se reconoció el valor de \$77.544.739 como indemnización por retiro (Fol. 81), se autorizará descontar de lo adeudado tal suma de dinero.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la revocatoria de la sentencia de primera instancia que absolvió a la entidad demandada de las suplicas del actor, para en su lugar ordenar el reintegro del actor a un cargo igual o de superior categoría

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de ECOPETROL S.A. y a favor del demandante, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandada. Tésense.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 05 de octubre del 2021, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 05 de octubre del 2021, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a la entidad demandada de las suplicas del actor, para en su lugar, **DECLARAR** que para la fecha en que se efectuó el despido del señor **ANTONIO MANUEL JR COLLAZOS GAMEZ**, se encontraba amparado por el fuero circunstancial de que trata el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965.

TERCERO: DECLARAR ineficaz el despido de **ANTONIO MANUEL JR COLLAZOS GAMEZ, CONDENANDO** a la demandada **ECOPETROL S.A.** a reintegrarlo sin solución de continuidad al cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación, o a otro de igual o superior categoría y remuneración, junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales legales y extralegales dejadas de percibir, y aportes para seguridad social en pensión, desde el 21 de noviembre de 2017, hasta el reintegro, con los incrementos legales y extralegales, que deberán indexarse al momento del pago.

CUARTO: Autorizar a la demandada para que descuente de los valores adeudados, los pagos efectuados a título de indemnización por despido.

QUINTO: Declarar no prósperas las excepciones propuestas por sustracción de materia, salvo la de compensación, que se declara probada.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a favor del demandante y a cargo de ECOPETROL S.A. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandada. Tésense.

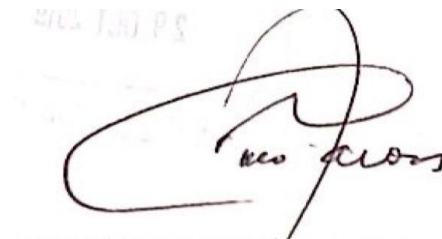
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

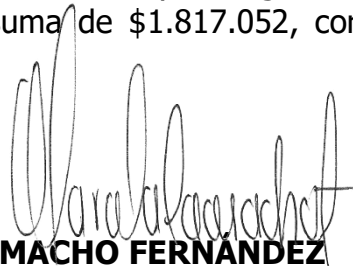


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

*-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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia a favor del demandante, y a cargo de ECOPETROL S.A., fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.817.052, correspondiente a 2 SMLMV.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARLOS FERNANDO MONROY MARTÍNEZ
Demandada: ALTIPAL S.A.
Radicado No.: 11-2018-00495-01
Tema: CONTRATO REALIDAD GRADO- JURISDICCIONAL DE CONSULTA – REVOCA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º 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. Carlos Fernando Monroy Martínez instauró demanda ordinaria contra Altipal S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 3 de marzo del 2013 al 23 de abril de 2016, el cual terminó por causa imputable del empleador. En consecuencia, solicita que se disponga a su favor el auxilio de cesantía, sanción moratoria y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, indemnización moratoria, aportes pensionales y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que, a partir del 3 de marzo de 2013, entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de conductor y transportador de mercancía de propiedad de la empresa, relación laboral que se mantuvo hasta el 23 de abril del 2016. Refirió que se pactó un salario básico mensual de \$2.760.000, el cual se incrementó a la suma de \$2.880.000, pagaderos semanalmente. Sostuvo que el contrato terminó de manera unilateral y sin justa causa por el empleador, sin que aquel hubiere cancelado sus acreencias laborales. (fols. 22 a 28).

2. Contestación de la demanda. Al dar respuesta, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones del escrito genitor, argumentando que entre las partes no existió contrato de trabajo alguno. Negó la totalidad de los hechos expuestos y en su defensa expuso que no podía ser empleadora del actor, en tanto que realiza todas sus operaciones logísticas por medio de la compañía de transporte Coordinadora Andina de Carga Limitada, sin que contrate conductores o servicio de transporte con personas naturales. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de las

obligaciones reclamadas, falta de título y causa para pedir, pago, compensación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción. (fols. 54 a 60)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de abril del 2021, en la que el fallador declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido y, en consecuencia, absolvió a la convocada a juicio de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Carlos Fernando Monroy Martínez, condenando en costas.

Para arribar a tal determinación, se propuso verificar la existencia del contrato de trabajo entre las partes, extremos y salario y, en consecuencia, si son procedentes las pretensiones condenatorias que se esbozaron en la demanda. Así las cosas, en primer término, trajo a colación los elementos esenciales del contrato de trabajo previstos en el artículo 23 del CST, esto es, la prestación personal de un servicio, subordinación y el pago de una remuneración. Además, afirmó que la relación laboral se presumía en términos del artículo 24 del CST, y sobre tal aspecto hizo hincapié en el criterio señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme a ello, se adentró al estudio de los elementos probatorios obrantes al proceso, para resaltar que si bien se allegó por la actora un certificado expedido por la Caja de Compensación Familiar Compensar, no obstante, en aquel se indicaba otra persona distinta al actor; además, dijo que lo extractos bancarios en nada prueba la relación laboral que se pregona, dado que de ellos no se podía evidenciar si en efecto la aquí demandada realizaba pagos al demandante como contraprestación directa de algún de servicio, máxime cuando en aquellos se verifica pagos realizados por la empresa Coordinadora Andina de Carga Limitada.

Sostuvo que la citada persona jurídica se encuentra relacionada con la enjuiciada bajo el marco de diferentes contratos de prestación de servicios de transporte, lo que le permite concluir *"la existencia de una presunta relación del demandante con Coordinadora Andina de Carga Limitada, empresa esta, que cabe resaltar, no fue llamada a juicio"*. Respecto de las declaraciones que se arribaron al litigio, indicó que, aunque el actor manifestó que quien le pagaba era Coordinadora Andina de Carga Limitada trabajaba con la demandada, no es menos cierto la presencia de indicios respecto de la relación existente con esta última, al manifestar aquel que la misma realizaba los pagos.

En lo atinente a la prueba testimonial traída por la parte demandante dijo que, si bien ellos manifestaron que el promotor de la litis prestaba personalmente sus servicios a favor de la llamada a juicio, en calidad de conductor y transportador de mercancía de la empresa, no obstante, consideró que *"de tal situación no se cuenta con algún otro medio probatorio que de cuenta de la ocurrencia de dichos supuestos que señalaron estos dos testigos"*. Así las cosas, indicó que la relación laboral que invoca el actor no cuenta con pruebas necesarias y mínimas para determinar la existencia o no de una prestación personal del servicio, ni los demás elementos del contrato de trabajo, por manera que concluía que se está en presencia de un contrato de transporte que fue desarrollado por Coordinadora Andina de Carga Limitada, quien a su vez el actor le prestó los servicios con ocasión y en virtud de dicho nexo contractual. (Cd. a fol. 135)

4. Alegatos de conclusión.

4.1. Parte demandante. Alegó en su favor que conforme a las pruebas evacuadas en juicio se logró determinar que existió una actividad personal ejercida por el actor y en beneficio de la empresa Altipal S.A., bajo continua subordinación, de la que recibía

remuneración, estableciéndose los elementos esenciales que establece el artículo 23 del CST.

4.2. Parte demandada. Refirió en primer lugar que no ha debido ser concedido, pues, la apoderada del demandante tenía el deber de sustentarlo en el momento en que fue notificado en estrados la sentencia de primer grado. Indicó que el actor confesó en su interrogatorio de parte que quien le pagaba el salario era Cordiandina y confirmó luego, que la demandada no le pagaba salarios, con lo cual quedó plenamente probado que los servicios de transporte se prestaban a Cordiandina, tal y como se señaló desde la contestación de la demanda, pues Altipal S.A.S. no puede llevar a cabo servicios de transporte pues no cuenta con autorización para operar en ese ramo de la economía.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Recurso de apelación interpuesto por el actor

Previo a dirimir el conflicto que hoy atañe a la Sala su estudio, es pertinente recordar que el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, en su parte pertinente señala que: "*Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria*". Tal disposición legal impone a la parte interesada que pretende interponer apelación contra la sentencia de primer grado, que sustente en forma oral y en el mismo acto el citado recurso, para que el juez conceda o deniegue la apelación inmediatamente.

Bajo el anterior contexto, procede la Sala a estudiar la sustentación del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primer grado, evidenciándose del audio contentivo de la audiencia celebrada el 9 de abril del 2021, que no se advierte que la apoderada judicial de la actora haya expresado, al cabo del acto de notificación de la sentencia de primer grado, las inconformidades que se tuvo en contra de dicha decisión judicial, no siendo posible, como lo hizo la recurrente, que el recurso de apelación se interponga en la audiencia y posteriormente se sustente, es decir, dentro de los cinco siguientes a la notificación de la providencia, pues tal aspecto no quedó consignado en la citada norma procesal, como se dijo.

En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 9512 de 2017, dijo lo siguiente:

"La Ley 1149 de 2007, es conveniente recordarlo, reformó el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para, según sus textuales palabras, «hacer efectiva la oralidad en sus procesos». O en otras palabras, rediseñar el sistema de la oralidad en los procesos laborales, con el fin de que tuvieran agilidad, desenvolvimiento, concentración y celeridad, de manera que reflejara en su sentido literal lo que es la oralidad, creada desde la expedición del Código de Procedimiento del Trabajo, pero que en la realidad se había convertido en un sistema escritural con visos o rasgos aparentes de oralidad.

Y retornando al texto del artículo 10 de la Ley 1149 de 007, no hay duda de que la única oportunidad que se tiene para apelar la sentencia de primera instancia, es justamente en la audiencia en la que se dicta la sentencia y después de notificada esta en estrados, es decir, en el mismo acto; y la interposición y sustentación de la apelación debe hacerse de forma oral, y terminada la sustentación, el juez debe conceder o denegar la apelación inmediatamente"

Así las cosas, dado los presupuestos para la sustentación del recurso de apelación del que se deriva la necesidad de que la sustentación del recurso de apelación sea adelantada en forma oral, la Sala considera que no es viable entrar a desatar al mismo, en tanto que la

recurrente no lo sustentó así para el momento de la notificación de la providencia que pretende censurar.

Grado jurisdiccional de consulta

No obstante, como quiera que la sentencia de primer grado fue totalmente adversa al demandante, el presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

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

- (i) ¿La sociedad Altipal S.A., fungió como empleador del aquí actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- (ii) De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales, salario y si tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales expuestas en el libelo primigenio.

Relación laboral

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

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el

contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, para efectos de evaluar si el aquí actor acreditó que prestó sus servicios a favor de la sociedad demandada, encuentra la Sala que se escuchó a los señores Cristian Edison Barreto Torres y José Fernando Ávila, testigos de la parte demandante, que al unísono manifestaron que el señor Carlos Fernando Monroy Martínez, prestó sus servicios a favor de la empresa demandada, en tanto aquel fue transportador y conductor de la línea de mini mercados y “Colgate”, labor que debía cumplir a partir de las 7:00 a.m., hora en la que recogía la mercancía para ser distribuida a los diferentes clientes, señalando de forma precisa y sin dubitaciones que recibía órdenes de sus superiores jerárquicos, como el Jefe de Operaciones – Líder de los Procesos, coordinadores y auxiliar de transporte.

Declaraciones que no fueron derruidas por el testimonio del señor Luis Carlos Moreno Montiel, testigo de la parte demandada. De hecho, el citado declarante fue contradictorio en su relato, además, algunas de las situaciones fácticas no le constaban, pese al cargo que ejerce dentro de la compañía, esto es, coordinador de operaciones. Al punto que si bien afirmó que el actor fue contratado por la empresa Coordinadora Andina de Carga Limitada – Cordiandina Ltda, dado el contrato de prestación de servicios logísticos en transporte celebrado entre esta y la enjuiciada, no obstante, adujo que no le constaba si la citada sociedad por intermedio de la Coordinadora “IN HOUSE”, persona “*que le realiza a las hojas de vida por cordiandina y nos envía toda la documentación y la que nos suministra todo los transportadores para cumplir las labores*”, envió al promotor de la Litis a prestar sus servicios a la demandada en calidad de transportador.

Así las cosas, de las pruebas anotadas en precedencia, para esta Sala y contrario a lo dicho por el A quo, es claro que las declaraciones de Cristian Edison Barreto Torres y José Fernando Ávila ofrecen claridad sobre la forma en que prestó sus servicios personales el señor Carlos Fernando Monroy Martínez, ya que no solo fueron coherentes en su dicho, sino, además, conducen a esta Corporación tener convencimiento de que las actividades que realizó fueron en beneficio de la sociedad Altipal S.A., pues, estos aseguraron que realizaba labores de conductor y transportador de mercancías.

Así las cosas, demostrada como está la prestación del servicio por parte del demandante al servicio de la sociedad Altipal S.A., opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que la promotora del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, máxime que, como se vio, fue nulo el esfuerzo de la accionada por desvirtuar la presunción deprecada, quedando establecida la prestación del servicio personal y subordinación, propia de la naturaleza de la labor que realizó del señor Monroy Martínez al ser contratado.

Como se memora, las situaciones fácticas que trae la parte demandada a colación no tienen por objeto desvirtuar la presunción legal de la que es beneficiario el extremo activo y entre eso porque lo que pretende demostrar con las documentales aportadas en la contestación de la demanda, es significar que celebró un contrato de prestación de servicios logísticos en transporte con Coordinadora Andina de Carga Limitada – Cordiandina Ltda (fol. 67 a 74), como contratista independiente, misma que se obligó para Altipal S.A., realizar algunas actividades en su favor, cuyo objeto quedó definido conforme a lo siguiente:

*"(...) Es el Transporte y entrega exclusiva de mercancías, desde las instalaciones de **LA COMPAÑÍA** hasta las instalaciones de los clientes indicados en las planillas de despacho, ubicados en las direcciones que se indiquen en las respectivas facturas, el recibo y transporte de las Devoluciones realizadas por los clientes de **LA COMPAÑÍA** y entrega de las mismas en las instalaciones de éste último o del operador logístico que se designe, de conformidad con las condiciones previstas en el presente documento, de igual forma el recaudo y custodia del dinero correspondiente al pago que han los clientes de **LA COMPAÑÍA** de los productos vendidos a ellos por ésta, así como su correspondiente consignación conforme a lo establecido en la presente oferta."*

Razón por la cual el actor fue contratado por la citada contratista, para cumplir con el objeto contractual atrás esbozado.

Frente a ello y con miras a verificar dicha situación fáctica expuesta, cumple precisar que la figura del simple intermediario que regula el artículo 34 del CST, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la explicado así:

(i) quienes se limitan a enganchar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador y, por tanto, la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador; y por otra (ii) quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presente servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se trataba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario.

En este último caso, ha señalado la jurisprudencia del Alto Tribunal, que es la más próxima a la figura del contratista independiente, el cual, dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Entonces, si la independencia y características del contratista es real, las personas que vinculan bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios. Empero si a pesar de la apariencia formal de un contratista, quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, será éste y no el simple contratista el verdadero patrono. (Sentencia octubre 27/99, Expe. 12.187. M.P. José Roberto Herrera Vergara)

Conforme se observa, para que sea válido la contratación externa, a través de un contratista independiente, la Sala de Casación Laboral ha hecho hincapié:

"en que la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como

«hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.»

Bajo tal tesitura y de cara a la situación fáctica que expone la enjuiciada, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de que el contratista, esto es, Altipal S.A., no era el dueño de los medios de producción, para la ejecución de actividades pactadas por ésta y Altipal S.A., como primer punto que sale a relucir del contrato de prestación de servicios, ya que si bien en la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios Logísticos en Transporte quedó anotado como obligación del contratista *“prestará el servicio de transporte en vehículos de su propiedad o de terceros, en ambos casos adecuados para el servicio contratado”*, no obstante, el señor Luis Carlos Moreno Montiel, confirmó en su declaración que la empresa Altipal S.A. suministraba los vehículos a la *“Transportadora y ellas es las que no remiten para que nos distribuyan nuestros productos.”*; aspecto que descarta tal estipulación y deja en evidencia que la actividad comercial contratada no se ejerció con sus propios medios, situación que es contraria a lo dispuesto en el artículo 34 del CST.

Otro aspecto que se destaca es que, del referido contrato comercial, se extrae que Altipal S.A. no actuaba con plena autonomía e independencia, al punto que sale aflore del nexo contractual el elemento subordinación que ejerció con el trabajador, que precedentemente se esbozó de forma amplia por esta Corporación, en tanto allí se estipulaba, entre otros aspectos, que la citada empresa debía contratar personal idóneo y suficiente para el adecuado proceso de transporte, descargue y entrega de mercancía; se exigía *“adecuado comportamiento por parte de su personal, ante los clientes”*, realizar *“visitas para verificar la calidad de los servicios mediante la revisión del estado de los procesos para el adecuado manejo de la mercancía y seguridad en la entrega de los mismos”*; garantizar *“que únicamente pueda viajar en la cabina del vehículo, el conductor, el auxiliar y/o el escolta de la cabina, si así fuese asignado. Bajo ninguna circunstancia se permite el transporte de personas diferentes a las designadas por **EL CONTRATISTA** para la presentación del servicio, salvo que se esté haciendo una auditoría o seguimiento por parte de **LA COMPAÑÍA**”*; *“llevar registros y controlar los “INDICADORES DE SERVICIO” que determine **LA COMPAÑÍA** para el proceso (Tiempo de entrega, el porcentaje de entregas a tiempo será del 97%, el porcentaje de devoluciones por causas no ajenas al contratista imputables a la entrega como fuera de horario, local cerrado y error en despacho será máximo del 3%” y “tener disponible carpeta de cada uno de los empleados y/o afiliados del **CONTRATISTA** con Fotocopia de la cédula, Libreta Militar, Pasado Judicial, Hoja de Vida, pase vigente y en la categoría adecuada y todos los documentos vigentes del vehículo”*

En esa medida, resulta inconcebible que, aun celebrando dicho acuerdo de orden comercial, la sociedad demandada impusiera al empleador obligaciones de estirpe laboral, siendo que la naturaleza del contratista independiente, según lo dispone el artículo 34 del CST, es la de dar ejercer su poder de dirección, organización y control a los trabajadores, a fin de cumplir con el objeto contractual previamente pactado.

En este punto, en lo que hace a la subordinación ejercida por Altipal S.A., específicamente sobre el trabajador hoy demandante, quedó evidenciada en la medida que estaba obligado a cumplir órdenes e instrucciones que provenían directamente de los directores y jefes inmediatos de la citada sociedad, según los dichos de los señores Cristian Edison Barreto Torres y José Fernando Ávila, quienes en forma coherente relataron que, como compañeros de trabajo observaron que las labores que ejercía el señor Monroy Martínez estaban atadas al cumplimiento de órdenes, horarios, traslados entre plantas y la utilización de los propios elementos de trabajo que la demandada suministraba, es decir, siempre bajo el poder subordinante del extremo pasivo.

Además, tales declaraciones son confirmadas por el dicho del declarante Luis Carlos Moreno Montiel, pues aunque aquel informó que la subordinación la ejercía directamente Cordiandina Ltda, al ser la persona jurídica que contrató al actor, además, que no se le exigía una hora de llegada a las instalaciones de la empresa, también lo es que indicó que recibía órdenes puntuales de la auxiliar de transporte, dejando claro que al demandante para tal fin se le exigía una hora de llegada a las instalaciones de la empresa, lo cual es coherente con el dicho de los demás deponentes, en la medida que esgrimieron que aquella hacía parte de la logística de la empresa demandada, de quien recibía no sólo directrices, sino, órdenes.

Ahora, llama la atención de la Sala que la labor ejercida por el actor no era extraña al objeto social de la sociedad, ni ocasional en la empresa pues se prestó durante más de 3 años, lo que demuestra, que tan necesaria era, que implicaba la presencia del demandante quien contaba con el perfil para ejercer el cargo de transportador de mercancía. De hecho, contrario a lo que se pretende demostrar por la llamada a juicio, ello denota la necesidad de contar con el actor para manejar dicha parte logística, es decir, el transporte y entrega de mercancía, por manera que al pretenderse un modelo de externalización empresarial sobre tal actividad, es claro que se contrarían las reglas de la experiencia y sana crítica, ello a partir de que dicha sección en la realidad no puede separarse y entregarse a un tercero con la pretensión ficticia de que el servicio se preste con total independencia y autonomía, en tanto esto compromete el desarrollo funcional de la empresa, imagen, y de contera su situación económica.

Y aquí es importante precisar que, la actividad principal que desarrollaba el actor consistía en el servicio de transporte de mercancía, lo cual, guarda relación con el objeto social de la empresa, en tanto que el certificado de existencia y representación legal a folios 9 y 10 del expediente, advierte que la sociedad tiene por objeto principal, entre otras, en la "(...) *Distribuir bajo cualquier modalidad comercial, al por mayor y al detal, abarrotes, drogas, víveres, insecticidas, lubricantes, en general toda clase de mercancías y productos propios o de terceros, nacionales y extranjeros (...) transporte, distribución de productos derivados del petróleo, y de productos químicos (...) alimenticios enlatados derivados de la pesca (...)* ", por lo que tal actividad que ejerció la demandante en forma personal, es una labor necesaria para el desarrollo la actividad principal de la empresa.

De allí que es razonable inferir que la usuaria también contaba con la facultad de impartir órdenes e instrucciones al actor y por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación fuese desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con Altipal S.A., por manera que para la Sala, en realidad, la contratante o usuaria en este asunto adquirió la condición de un verdadero empleador.

Concluyendo de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiario el demandante no fue derruida, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva, bajo un modelo de externalización empresarial, por el contrario, las probanzas desdibujan el supuesto contrato comercial, por cuanto es evidente que el accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en lugares asignados por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada al objeto social de la compañía.

Ultimando, que las anteriores conclusiones no se pueden desechar por el hecho de que el actor haya aceptado que los pagos realizados como contraprestación a su servicio hayan provenido de la sociedad Cordiandina Ltda, pues aquel aspecto no solo carece de

fuerza demostrativa para socavar la presunción de la que es beneficiario, sino, que es intrascendente cuando quiera que esta Sala tiene claro que la citada sociedad no actuó como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial, en la medida que suministró la mano de obra para la sociedad demandada, es decir, tan solo fue un simple intermediario, de acuerdo a los medios de persuasión que se anotaron.

En tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia recurrida, para en su lugar declarar la existencia del vínculo laboral que pregona el promotor de la Litis.

Extremos temporales de la relación

Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 3 de marzo del 2013 al 23 de abril de 2016. Sobre este aspecto se encuentra probado que el actor prestó sus servicios de forma continua desde aquella data, en tanto que así evidenciaron los deponentes al interior del proceso, al señalar que el trabajador realizó sus labores entre marzo de 2013 a abril del 2016.

Por tal razón en lo que concierne a los hitos temporales de la relación laboral lo será dicha fecha.

Salario

Sobre este aspecto es del caso resaltar que, aunque la parte actora anota que en vigencia de la relación laboral devengó una suma equivalente mensual de \$2.760.000 y \$2.880.000, lo cierto es que no obra prueba de dicho valor ni de los salarios devengados por el trabajador en vigencia de la relación laboral declarada, correspondiendo acreditar a la parte demandante el valor de estos, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P.

Siendo necesario acotar que los extractos bancarios allegados al plenario, por sí solos no cuentan con capacidad demostrativa que permita establecer el verdadero salario mensual devengado por éste, pues repárese que las sumas que figuran en dicha prueba documental, no se establece de quién provienen. Por lo anterior, se tomará como asignación salarial el salario mínimo legal mensual vigente, por así disponerlo el artículo 132 del CST.

Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda el demandado al señor Carlos Fernando Monroy Martínez, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio.

Excepción de prescripción

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

No aparece dentro del expediente que el gestor de la litis haya reclamado a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende, por tanto, es claro que la prescripción sólo fue 29 de agosto del 2018. En ese sentido, se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías y prima de servicios **exigibles** con anterioridad al **29 de agosto del 2015**.

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción**.

En cuanto a las vacaciones en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020) se declara probada la excepción de prescripción en relación con las exigibles antes del **29 de agosto del 2014**.

Acreencias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas al actor, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

Auxilio de cesantía

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 fuese 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. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **\$1.907.283** por concepto de auxilio de cesantía entre el 3 de marzo de 2013 al 23 de abril de 2016.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2013	\$ 589.500	\$ 0	\$ 589.500	298	\$ 487.975
2014	\$ 616.000	\$ 0	\$ 616.000	360	\$ 616.000
2015	\$ 644.350	\$ 0	\$ 644.350	360	\$ 644.350
2016	\$ 689.455	\$ 0	\$ 689.455	83	\$ 158.958
Total Auxilio de cesantías					\$ 1.907.283

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. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen*

tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$81.720** por concepto de intereses a las cesantías causados.

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2014	ene-15	Prescritos		
2015	ene-16	360	\$ 644.350	\$ 77.322
2016	Terminación de la relación laboral	83	\$ 158.958	\$ 4.398
Intereses a las cesantías				\$ 81.720

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 el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$481.133** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
dic-15	\$ 644.350	0	\$ 644.350	180	\$ 322.175
2016	\$ 689.455	0	\$ 689.455	83	\$ 158.958
Total Prima de servicio					\$ 481.133

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las

vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **\$1.083.019** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 3 de marzo de 2013				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
3/03/2013 al 2/03/2014	3/03/2015	\$ 689.455	360	\$ 344.728
3/03/2014 al 2/03/2015	3/03/2016	\$ 689.455	360	\$ 344.728
3/03/2015 al 2/03/2016	Terminación del Contrato	\$ 689.455	360	\$ 344.728
03/03/2016 al 23/04/2016	Terminación del Contrato	\$ 689.455	51	\$ 48.836
Total vacaciones				\$ 1.083.019

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías

Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador 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 retraso.

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 existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, bajo un modelo de externalización empresarial, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuentan sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló el actor a favor de la llamada a juicio, pues esta se realizó bajo su estricta subordinación y

poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

En consecuencia, se entrará a cuantificar las indemnizaciones citadas:

- **Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.**

Se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó por fuera de los 24 meses de finalizada la relación (folio 20, acta de reparto del 29 de agosto del 2018), en consecuencia, se deberá condenar a la encartada a pagar a favor del señor Carlos Fernando Monroy Martínez el valor de \$22.981,83 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 24 de abril del 2016 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 23 de abril del 2018, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a \$ 16.546.920 y a partir del mes 25, es decir, desde el 24 de abril del 2018, 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.

- **Sanción por la no consignación de las cesantías.**

Sobre su liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la corte ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, “que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral”

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **\$4.953.597.**

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTÍCULO 99						
AÑO	SALARIO	DESDE	HASTA	SALARI O DIARIO	TOTAL DÍAS	SUBTOTOTAL MORATORIA
2014	\$ 616.000	29/08/2015	31/12/2015	\$ 20.533	122	\$ 2.505.067
2014	\$ 644.350	1/01/2016	14/02/2016	\$ 21.478	45	\$ 966.525
2015	\$ 644.350	15/02/2016	23/04/2016	\$ 21.478	69	\$ 1.482.005
TOTAL SANCIÓN						\$ 4.953.597

Indemnización por despido sin justa causa

El demandante argumentó en su libelo introductor que se dan las condiciones para que sea condenada a la encartada al pago de la citada indemnización, en tanto que fue despedido sin justa causa.

Sobre tal semblante, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014) .

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que

posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral, sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que la demandante no cumplió con la aducida carga probatoria, en tanto que no existe prueba ni certeza de que la finalización del nexo laboral se hubiera dado por decisión unilateral del empleador, por lo que la súplica está llamada al fracaso.

Aportes a pensión

Frente a este pedimento, cumple recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Conforme a lo anterior, se evidencia que no existe prueba que permita colegir el pago de los aportes pensionales dentro del periodo del 3 de marzo de 2013 hasta el 23 de abril de 2013, En consecuencia, se **CONDENARÁ** a la demandada a pagar previo cálculo actuarial elaborado por el fondo al cual se encuentra afiliado el demandante los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización a pensión durante el citado lapso, teniendo como IBC el salario mínimo legal mensual vigente.

Costas

En ambas instancias a cargo de la parte demandada y en favor del demandante, por salir avante el recurso de apelación propuesto.

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 abril del 2021, por el Juzgado Once 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 entre el señor **CARLOS FERNANDO MONROY MARTÍNEZ** y la empresa **ALTIPAL S.A.** entre el 3 de marzo del 2013 al 23 de abril de 2016.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **ALTIPAL S.A.** a pagar al señor **CARLOS FERNANDO MONROY MARTÍNEZ** las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$1.907.283** por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$81.720**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$481.133**, por concepto de prima de servicios.
- d) **\$1.083.019**, por concepto de vacaciones.

- e) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma de **\$22.981,83** correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 24 de abril del 2016 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 23 de abril del 2018, esto es, por los primeros 24 meses, valor que asciende en total a **\$16.546.920** y a partir del mes 25, es decir, desde el 24 de abril del 2018, 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.
- f) Por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías la suma de **\$4.953.597**.

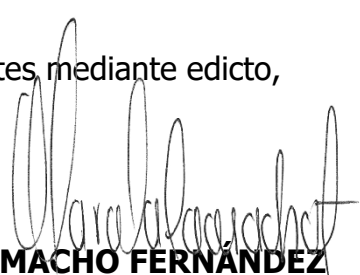
TERCERO: CONDENAR a ALTIPAL S.A. pagar previo cálculo actuarial elaborado por el fondo al cual se encuentra afiliado el demandante los aportes dejados de cancelar en un 100% la cotización durante el periodo del 3 de marzo del 2013 al 23 de abril de 2016, teniendo como IBC el salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **CARLOS FERNANDO MONROY MARTÍNEZ**.

QUINTO: DECLARAR PROBADA de manera parcial la excepción de prescripción y las demás no probadas.

SEXTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **ALTIPAL S.A.**

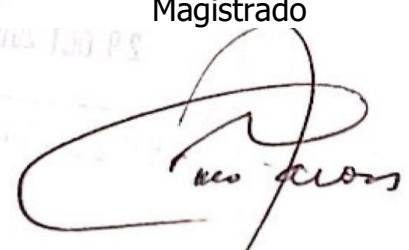
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

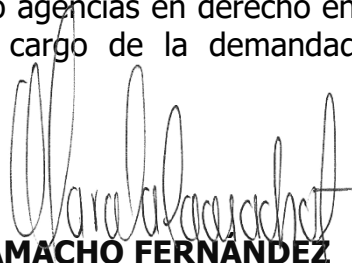


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-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-

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **CARLOS FERNANDO MONROY MARTÍNEZ** y a cargo de la demandada en la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JAMES GIOVANNY GIL
DEMANDADO: RH GROUP SAS y GENTE OPORTUNA SAS.
RADICACIÓN: 110013105-015-2019-00269-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: BONIFICACIONES.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. JAMES GIOVANNY GIL instauró demanda ordinaria contra RH GROUP SAS, y GENTE OPORTUNA SAS, con el fin de que se declare en relación con RH GROUP SAS la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de noviembre de 2015 y el 07 de septiembre de 2017, y como consecuencia, se reconozca y pague los salarios insolutos, reajustes a las cesantías, reajuste de los intereses a las cesantías con su sanción, reajuste de la prima de servicios, reajuste de las vacaciones, reajuste de las cotizaciones al sistema general de pensiones, indemnización por despido injusto, y la indexación; asimismo, que Gente Oportuna SAS sea condenada solidariamente, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue contratada por Gente Oportuna SAS mediante contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada a partir del 12 de noviembre de 2015, enviándolo a prestar sus servicios en misión a la sociedad RH GROUP SAS, en el cargo de conductor de tractocamión; que como consecuencia de un accidente de trabajo, le fueron asignadas nuevas funciones, tales como dictar capacitaciones y charlas a conductores, actividad que se desarrolló entre agosto y diciembre de 2016; que entre enero y marzo de 2017 le fue asignado la función como relevador de vehículos de propiedad de la empresa, cuya actividad superaba la ordinaria máxima legal, debiendo estar disponible las 24 horas; que su salario básico era de un salario mínimo mensual, más el 10% mensual del producido bruto de la mula y la suma de \$128.000 bajo la denominación de medios de transporte, más auxilio de transporte; que el promedio devengado fue de \$3.000.000 mensuales; que la entidad demandada no suministró viáticos destinados a manutención y alojamiento; que en la liquidación final de prestaciones no se evidencia el pago del salario completo al actor; que el salario estaba integrado por el porcentaje del 10% del producido bruto del tracto camión, el cual ascendía a la suma de \$600.000 mensuales; que no se liquidaron sus prestaciones y acreencias laborales con el salario realmente

devengado; que se cotizó al sistema general de pensiones sobre un salario mínimo legal, debiendo serlo con un promedio mensual de \$3.000.000; que el 7 de septiembre de 2017 presentó renuncia motivada. (fls. 191 a 198).

2. Contestaciones:

2.1 GENTE OPORTUNA S.A.S. Al contestar la demanda se opuso a la totalidad de pretensiones, argumentando que durante la vigencia de la relación laboral reconoció y pagó todas y cada una de las acreencias laborales a las que tuvo derecho el demandante. Como excepciones de mérito rotuló las de cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad entre la empresa gente oportuna SAS y la empresa usuaria RH GROUP, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de mi representada, buena fe de la empresa Gente Oportuna SAS, mala fe del demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de derecho sustantivo, prescripción, trabajador en misión, compensación, inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa, y la genérica (Fols. 210 a 227).

2.2 RH GROUP SAS: Manifestó que entre las partes no existe la configuración de los elementos estipulados en la norma ni tampoco por la jurisprudencia para determinar la existencia de una relación laboral. Como excepciones de fondo esgrimió las de inexistencia de la relación laboral con RH GROUP SAS, inexistencia de la solidaridad entre RH GROUP SAS y GENTE OPORTUNA SAS, cobro de lo no debido y pago de lo realmente causado, prescripción, buena fe, mala fe del demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de derecho sustantivo, inexistencia de la obligación y la genérica (Fols. 299 a 304).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de septiembre del 2020, en el que el fallador de instancia, declaró bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas que existió un verdadero contrato de trabajo entre James Giovanni Gil y la sociedad RH GROUP SAS, por el periodo comprendido entre el 12 de noviembre de 2015 y el 7 de septiembre de 2017, y que la empresa de servicios temporales GENTE OPORTUNA SAS actuó como un simple intermediario; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, declarando probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y gravó en costas a RH GROUP SAS y GENTE OPORTUNA SAS.

Para tomar su decisión, indicó que en primer término que entre el demandante y la EST Gente Oportuna SAS se celebró un contrato de trabajo el 12 de noviembre de 2015 que se extendió hasta el 7 de septiembre de 2017, el cual fue enviado en misión a la empresa RH GROUP SAS; no obstante, se superó el lapso de los seis meses prorrogables por otros seis meses más, además no se encuentra demostrado que la contratación haya sido para un trabajo ocasional o transitorio, para reemplazo de vacaciones o para aumento de la producción, máxime que el objeto social de RH GROUP SAS es el transporte especializado, razón por la cual declaró que el verdadero empleador fue RH GROUP SAS y la EST Gente Oportuna SAS como responsable solidaria.

Acto seguido se ocupó del estudio de lo percibido por el actor en valor de \$128.000, es decir, si constituye o no salario, para lo cual adujo que no se evidenciaba que tal emolumento tuviera contraprestación directa con el trabajo desarrollado, así como tampoco estaba ligado a la capacidad productiva del trabajador, ya que el mismo era otorgado por el buen uso y cuidado del vehículo, lo que no se relaciona con la cantidad de trabajo desarrollado o con el número de viajes que efectuaba el demandante,

aspectos que llevaron a dilucidar al a quo que no correspondía el pago de los \$128.000 a la retribución directa del servicio de conformidad con el artículo 127 del CST.

Frente a la comisión del 10% de los fletes, dedujo que no se encuentra pactado en el contrato de trabajo ni en ningún otro documento adicional, ya que solo se hace alusión a que fue pactado de manera verbal; sin embargo, al preguntársele al testigo sobre ese tema dijo que la empresa les había prometido ese 10 % pero no refirió nada más al respecto, razón por la cual, no existe prueba de que se haya pactado ese 10% de comisión.

De otro lado, manifestó que una vez cotejados los desprendibles de Bancolombia con la documental aportada por RH GROUP SAS se da cuenta que se le realizaron unas consignaciones, pero las mismas hacen relación a gastos de viaje, concepto que tenía unos lineamientos específicos de conformidad con la documental de folio 174, y que no tienen como razón retribuir directamente el trabajo, ni tampoco ingresaba al patrimonio del acto, pues aquel era un administrador de ese concepto destinado a parqueadero, peajes, combustible y demás gastos durante el viaje.

En relación con los gastos de manutención, lo único que refirió el testigo fue que cuando se los pagaban no les alcanzaba, pero no existe prueba que demuestre el reconocimiento de viáticos, pues solo se encontraron dos desprendibles de pago que hacen referencia a ese concepto, con lo cual de conformidad con el artículo 130 del CST fue ocasional, y por ende no podría tenerse como constitutivo de salario.

Respecto a los salarios insolutos de octubre de 2016, constató que el pago se realizó en noviembre de 2016; frente a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, impartió absolución al no haberse efectuado condena por algún concepto pretendido.

En lo relacionado con la indemnización por despido sin justa causa, al esgrimirse que aconteció un despido indirecto, manifestó que ninguna de las dos razones que expresó en la carta de despido se encuentran acreditadas, ya que se dijo que se le hicieron unos descuentos indebidos pero ello no fue demostrado, ni siquiera fue objeto de controversia a que concepto se refería, y en cuanto a que no se le pagaron los aportes a la seguridad social con el salario realmente devengado, se estuvo a lo resuelto de manera precedente frente a las bonificaciones que pretendía sean catalogadas como factor salarial.

En cuanto a la excepción de prescripción la declaró no probada en la medida en que la relación laboral terminó el 7 de septiembre de 2017 y la demanda se instauró el 11 de abril de 2019, además que las pretensiones declarativas son imprescriptibles (Fol. 409 a 411 con Cd de audiencia).

4. Impugnación y límites del ad quem. Las partes procesales, presentaron disenso contra la decisión de instancia en los siguientes términos:

4.1 Demandante: Manifestó que el pago recibido por la suma de \$128.000 si constituía salario ya que era habitual y permanente y además retribuía el servicio, ya que se otorgaba cuando el actor se encontraba viajando, y así lo expresó la representante legal en el interrogatorio; que si bien es cierto no se pudo demostrar el valor de los fletes, si se demostró los gastos de viaje, además que fue un hecho confesado al contestar los hechos de la demanda, y en ese sentido, ante la aceptación no había nada que probar; que el a quo se apartó del precedente, ya que le correspondía al empleador discriminar del valor total lo correspondiente a manutención

y alojamiento, pero como no lo hizo debe tenerse en cuenta el valor total. En síntesis, solicitó que se revoque la decisión de instancia y se le de prosperidad a las pretensiones incoadas.

4.2 RH Group SAS: Insiste en que no se debe declarar la existencia de la relación laboral en calidad de empleador, ya que en estos casos se debe evaluar la voluntad de la empresa usuaria, además que el contrato de trabajo celebrado entre el actor y la EST cumple con los parámetros establecidos por la ley 50 de 1990 y Decreto 1072 de 2015; que la empresa usuaria nunca tuvo la intención de encubrir una necesidad permanente de la empresa, sino que encargó a un tercero la operación de un determinado proceso productivo; que RH Group SAS en ningún momento buscó aprovecharse de la tercerización; que la contratación a través de EST se efectuó para el incremento de la producción; que no se avizora que se haya abusado de la contratación a través de EST; que el legislador lo faculta para que parte de su producción se haga con EST. En conclusión, solicita la revocatoria de la pretensión declarativa, así como de las costas procesales.

4.3 Gente Oportuna SAS: interpone recurso de alzada manifestando que si bien el vínculo laboral se extendió por más de los seis meses y su prórroga, debe tenerse en cuenta que aquello aconteció producto de la condición de salud del demandante; que de conformidad con el numeral 3 del artículo 77 de la ley 50 de 1990 se puede contratar a través de EST para actividades de transporte o mercancías; que cuando el transporte aumenta o hay incrementos en la producción se puede contratar con EST; que la relación laboral se extendió más del tiempo permitido por obligación al encontrarse el actor en estabilidad laboral reforzada.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Demandante. Indicó que debe darse prosperidad a la súplica relacionada con que los \$128.000 recibidos bajo el concepto de medios de transporte fue por causa y con ocasión directa del servicio, el cual constituye factor salarial, y por ende, debe ordenarse el reajuste de los derecho pretendidos; que RH GROUP SAS consignaba mensualmente una suma de dinero bajo la denominación de gastos de viaje, y como la demandada no discrimina cual concepto es para manutención y alojamiento, debe entenderse que ante tal omisión se impone tener los gastos de viaje como factor salarial.

5.2 RH GROUP SAS. Manifiesta que la demandada no obró como empleadora del actor, y tampoco le asiste solidaridad por alguna obligación a favor del actor, ya que la vinculación se produjo con EST GENTE OPORTUNA SAS.

5.3 GENTE OPORTUNA SAS. Preciso que si bien es cierto la relación laboral se extendió más allá del límite permitido en la norma, ello fue por la condición de salud que aforaba al actor; que el demandante no ejerció funciones de carácter permanente en la empresa; que se puede contratar a través de servicios temporales para atender incrementos de la producción, y el transporte; que la empresa de servicios temporales no actuó como simple intermediaria, sino como empleadora.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes procesales se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio

de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

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

- (i) ¿El A quo erró al colegir la existencia de una relación laboral entre el actor y la sociedad RH GROUP SAS, fungiendo la empresa de servicio temporal codemandada como simple intermediaria?
- (ii) Por el contrario, ¿Se cumplieron los presupuestos establecidos para la contratación de trabajadores en misión?
- (iii) ¿El valor reconocido de \$128.000 pactado en el *otro sí* constituye salario en los términos del artículo 127 del CST?
- (iv) ¿Se debe tener en cuenta el valor de los gastos de viaje en su totalidad como viáticos en lo correspondiente a manutención y alojamiento con incidencia salarial en los términos del artículo 130 del CST?

Relación laboral

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar en cuanto a la vinculación que aduce la encartada sostuvo como entidad usuaria con la demandante, quien señala le prestó sus servicios como trabajador en misión enviada por la EST Gente Oportuna, que el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que las empresas de servicios temporales (EST) *"son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador"*.

En ese sentido, su objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución; por manera que los empleados en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Sin embargo, en sendos pronunciamientos la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que sólo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para algunos eventos específicos y excepcionales como son el desempeño de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más (artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Así entonces, reiteró en sentencia con radicación SL4330-2020, que:

"En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita."

Dicho ello y de cara a los supuestos fácticos probados en el caso analizado, no se puede admitir el argumento aducido por la pasiva en su contestación de demanda y de contera en su recurso de apelación, dirigido a enervar la verdadera relación laboral que laató con el aquí demandante, bajo el argumento de que su vinculación lo fue como trabajador en misión enviado por la empresa de servicio temporal, ello en atención que el promotor del litigio en el interregno que estuvo vinculado como tal, ejecutó actividades en favor de RH GROUP SAS que no corresponden a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, compartiendo en forma integral las intelecciones a las que llegó el sentenciador de primer grado.

Lo anterior, se explica por cuanto los medios de convicción aportados al proceso dan cuenta que el señor James Giovanni Gil, prestó sus servicios a favor de la citada RH GROUP SAS por un lapso superior a 1 año, que según se advierte del contrato de trabajo (Fol. 17 y 18) allegado al plenario, lo fue para ejercer como "agente de servicios (conductor)", prestación del servicio que fue siempre de manera continua y, por ende, una necesidad permanente de la usuaria, sin que se hubiera plasmado en el texto del contrato de trabajo alguna de las tres causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 a efecto de determinar cuál fue la que originó la vinculación; de hecho, ni siquiera se allegó el contrato de prestación de servicios entre la usuaria y la EST; sin embargo, del mismo contrato de trabajo se logra extraer que tal contrato de prestación de servicios no delimita ninguna de las causales a que refiere el artículo 77 de la ley 50 de 1990, pues de manera genérica se dice que se acordó entre las partes *"cubrir con las eventualidades previstas conforme el art. 77 de la ley 50 de 1990 y el Artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, pero especialmente para el caso concreto por el tiempo que la EMPRESA USUARIA determine"*, sin que manera alguna se aluda a una necesidad específica, menos aún de la contemplada en el numeral 3 de la citada disposición, es decir, para atender incrementos en la producción, como lo pretende hacer ver la censura, en la medida que tampoco se fijó cuál fue ese acrecentamiento, ni mucho menos se probó en este asunto.

A lo que se suma está demostrado en el proceso que la usuaria transgredió los límites de temporalidad y causalidad previstos en la citada preceptiva para este tipo de vinculaciones, de cara a los citados contratos de trabajo, al punto que llama la atención de la Sala, que el objeto principal de RH GROUP SAS corresponde a *"transporte especializado de carga líquida y seca"* (Fol. 10), de allí que la actividad desarrollada por el actor es esencial y permanente para conseguir los fines de su objeto social, lo que de ninguna manera podría aceptarse que la contratación del actor se haga a través de una empresa de servicios temporales, máxime que como se dijo anteriormente, no se demuestra la necesidad de contratación temporal por aumento de producción.

En este punto, menciona el apoderado recurrente de la EST que se hace una intelección equivocada del numeral tercero del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en tanto que allí se hace referencia al servicio de "transporte"; sin embargo, no puede colegirse que ello habilite a que toda actividad de transporte se debe contratar a través de empresa de servicios temporales, pues aquello puede dar lugar a eventos en los cuales el servicio

de transporte no sea el objeto principal de la empresa usuaria, lo que no acontece en el sub examine, ya que se itera, el objeto principal de la empresa RH GROUP SAS es precisamente el transporte especializado de carga líquida y seca, lo que hace imperioso que sus colaboradores deban ser contratados directamente por tal entidad, y excepcionalmente a través de empresas de servicios temporales siempre y cuando se esté frente a las causales de que trata el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, lo que de paso deja sin piso jurídico el argumento de la recurrente RH GROUP SAS referido a que tal entidad encargó en un tercero (EST) la operación de un determinado proceso productivo, pues en sí, se entendería que está encargando el principal proceso productivo de RH GRUOP SAS, lo que a todas luces resulta equívoco.

Así las cosas, la juez de primer grado no incurrió en yerro alguno al escatimar que las actividades que desarrollaba el actor no correspondían a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios, en consecuencia, al ser un requerimiento permanente en la entidad usuaria debía ser atendido con un trabajador directamente vinculado por ella.

De esta manera, resulta palmario que al no haberse encontrado dentro de las circunstancias contempladas en el Art. 6 del Decreto 4639 de 2006 para contratar al aquí demandante como trabajador en misión de la entidad usuaria, la demandada Empresa de Servicios Temporales, pasa a ser un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo, que el usuario ficticio, es decir, RH GROUP SAS, se considerará su empleador, y por ende, la temporal, pasará a responder solidariamente, solidaridad que nace por mandato legal, sin que de ninguna manera pueda exonerarse de tal responsabilidad.

Ahora, en lo que respecta que el contrato excedió los límites de los 6 meses y su prórroga debido a la situación de salud del actor, considera la Sala que en todo caso la declaratoria de la existencia de la relación laboral con la aparente empresa usuaria no se determina por la extensión del límite temporal sino por cuanto no podía RH GROUP SAS echar mano de la contratación a través de una empresa de servicios temporales para desarrollar una actividad que constituye su objeto principal, y de hacerlo, debía delimitar la prestación del servicio a una de las causales de que trata el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Dichas consideraciones son más que suficientes para que se mantenga en firme la sentencia de primer grado en lo que respecta a que RH GROUP SAS es el verdadero empleador del aquí demandante y la empresa de servicio temporal actuó como simple intermediaria, la cual está obligada a responder solidariamente.

Auxilio de “buen uso y cuidado de vehículo” como salario

Para resolver el primer problema jurídico es preciso señalar que el artículo 127 del CST consagra los elementos integrantes del salario, dentro de los que se encuentra *“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”*.

Ahora, sobre su correcta intelección la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1662 de 2021, hace todo el andamiaje jurisprudencial respecto del artículo en cita, en la que extrae apartes de las sentencias desde la radicación No 5481 de 2003 hasta la SL4850 de 2019, y en lo que aquí concita la atención de esta Sala, determina que de

conformidad con el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, existe la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados extralegalmente por el empleador, pueden ser considerados sin incidencia salarial, pero para que aquello ocurra debe verificarse si ese beneficio habitual u ocasional constituye retribución directa del ser servicio, es decir, le corresponde al juzgador *"examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado (...)"*

En la misma providencia se determina que el solo hecho de que se reciba un beneficio de manera periódica no implica que tenga incidencia salarial, razón por la que, el administrador de justicia no puede de manera simplista determinar la incidencia salarial por la manera habitual en que se recibe una suma de dinero, sino que debe realizar un **"juicio hermenéutico"** para desentrañar si lo recibido a favor del trabajador fue para remunerar el servicio prestado o lo fue para otra finalidad.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1798-2018 establece que existen conceptos que por su naturaleza tienen incidencia salarial, independiente del nombre que se les dé, los cuales no pueden excluirse de su naturaleza salarial por convenio entre las partes, tales como las comisiones.

La misma Corporación ordinaria ha señalado que las partes contratantes pueden convenir el pago de beneficios sin incidencia salarial, pero aquellos pactos deben ser expresos, claros, precisos y detallados, no siendo posible establecer cláusulas globales o genéricas, y que ante *"la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo"* (SL5159-2018)

De la misma providencia se extrae que los pagos no salariales deben tener destinación específica, es decir, que el emolumento no sea otorgado para que el trabajador *"dispusiera inmediatamente de esos recursos"*, ya que, de ser así, puede aquel emplearlos en *"la satisfacción de las necesidades que usualmente se colman mediante el salario"*, y en ese orden se desnaturaliza la finalidad del beneficio no salarial pactado entre las partes.

Frente a este particular tema, de manera más puntual nuestro máximo órgano de justicia ordinaria dejó sentado que para darle connotación salarial a un pago, la parte activa **debe probar su origen**, esto es, que se efectuó como contraprestación directa del servicio, de lo contrario resultaría impróspera la pretensión **(SL7820/14)**. Respecto a que se entiende por contraprestación directa del servicio, ha enseñado que es aquella cuyo pago depende de lo que haga o deje de hacer el trabajador, por ello, es necesario establecer si la contraprestación económica se generó o no por la actividad desarrollada por el trabajador **(SL2029/20 que reitera SL435/19, Rad. 32657/09)**.

Descendiendo al sub examine, en efecto la Sala se aviene a los discurrimientos del cognoscente de instancia, ya que la parte demandante solo allega al plenario el *otro sí* al contrato de trabajo que milita a folio 240, en la que se establece que:

"han decidido suscribir el presente OTRO SI respecto del reconocimiento y pago de beneficios extralegales permanentes y habituales de mera liberalidad como ingreso en dinero no constitutivo de factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones de acuerdo al Art. 128 del CST, conforme las siguientes:

CLAUSULA PRIMERA: Las partes de común acuerdo han pactado el pago de los siguientes auxilios:

Concepto

Valor

1. BUEN USO Y CUIDADO DEL VEHICULO\$ 128.000"

En ese orden, debe precisar la Sala que existe orfandad probatoria de la parte activa de la Litis en sacar adelante tal pedimento, pues ninguna probanza adicional a la documental atrás referida emerge del plenario, que permita como lo menciona la Corte, hacer ese ejercicio hermenéutico para examinar su naturaleza y finalidad, es decir, si remunera de manera directa la actividad que realiza el laborante, presupuesto contenido en el artículo 127 del CST, ya que no basta con que tal auxilio sea periódico o habitual como en efecto ocurre en el sub examine, sino que se requiere auscultar en que consistió tal auxilio y los motivos o razones que llevaron a las partes a pactarlo de esa manera.

Nótese que se trajo al plenario el testimonio del señor Helmo Gamboa, quien manifestó conocer al actor como compañero de trabajo, pero en lo particular, al inquirírsele sobre los \$128.000, dijo que "supuestamente" eran para el cuidado del vehículo pero "no aportaban a eso", es decir, poco o nada se puede extraer de su dicho para darle connotación de salarial al referido concepto de "buen uso y cuidado del vehículo", aúñese que de su mismo rotulo se da cuenta que el mismo no puede tomarse como contraprestación directa del servicio, ya que no es un valor de dinero que varíe o se otorgue dependiendo de los viajes que realice el actor, el destino, de la mercancía que transporte u otras circunstancias que permitan inferir que tal valor está íntimamente ligado a la prestación del servicio como conductor, sin que sea suficiente el hecho de que se otorgue de manera permanente como lo quiere hacer ver el apoderado judicial de la parte activa.

Así las cosas, al no existir probanza alguna que permita bajo el principio de la realidad sobre las formas restarle validez a lo pactado por las partes en el documento de folio 240, no queda otro camino que impartir confirmación a la sentencia absolutoria en este aspecto.

Viáticos – manutención y alojamiento

Para resolver baste traer a colación la sentencia SL4342-2020, en la que, en un caso de similares contornos al aquí debatido, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral expresó:

"es pertinente reiterar lo que de tiempo atrás tiene adoctrinado la Sala, frente al mandato legal del artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990, en cuanto a que los viáticos constituyen factor salarial, en aquella proporción destinada a brindar al trabajador manutención y alojamiento.

(...)

Tampoco es posible colegir la habitualidad de los viáticos a partir de las funciones desempeñadas por el señor González como conductor de tractocamión, pues el hecho de que tuviera que transportar hidrocarburos en el territorio nacional, no permite esclarecer en qué ocasiones y con qué frecuencia la empresa se los

reconoció, información necesaria a fin de determinar si tales pagos fueron o no permanentes.

(...)

En ese orden, no se detecta error de hecho del Tribunal al concluir que «el demandante no acreditó la situación fáctica que alega», en tanto las instrumentales arrimadas al proceso no permiten esclarecer la causación o periodicidad de los supuestos viáticos que percibía. Es más, no hay evidencia de que, en alguna ocasión, la demandada le pagara alojamiento o alimentación al promotor del litigio.

Conforme los anteriores basamentos jurisprudenciales, descendiendo al caso de autos, tenemos que a folio 346 y 357 obran desprendibles por parte de RH GROUP SAS en la que se denota el concepto de hospedaje; no obstante, con ello no puede lograrse configurar uno de los requisitos que establece la jurisprudencia para darle connotación salarial a los viáticos, esto es, el criterio cualitativo “*que debe ser frecuente y en número importante para ser considerados permanentes*” (Sentencia CSJ SL, 30 ago. 2008, rad. 33156, que reiteró la SL, 27 jul. 2001, rad. 15568 y SL, 27 sep. 2002, rad. 18891)

Ahora, ciertamente en los eventos en que se reconozcan viáticos, le compete al empleador especificar o detallar la proporción destinada a brindar al trabajador manutención y alojamiento, en caso contrario se tendrá como factor salarial todo el valor otorgado como viáticos (SL562-2013); empero, tal postura no puede ser aplicable al caso de autos, ya que ni siquiera se encuentra acreditado que la entidad demandada le haya pagado alojamiento y sostenimiento al promotor del litigio, y tampoco puede tomarse como viáticos y tomar su valor completo al concepto de “gastos de viaje” o “anticipos” como lo pretende el actor, ya que aquel concepto tiene una naturaleza distinta a los viáticos, ello en la medida en que son destinados a cubrir aspectos diferentes a las de manutención y alojamiento, tal como se detalla de la documental de folio 174, pues tal valor fue entregado para el lavado, engrase, parqueadero y otros gastos del vehículo, razón por la cual, ni de asomo podría de allí desprenderse que se encuentra incluidos los viáticos.

En lo que refiere a que en la contestación de la demanda se aceptó que se habían pagado viáticos, acota la Sala que si bien es cierto se hace referencia a que RH GROUP SAS realizaba los pagos de gastos de viaje en lo que refiere a manutención y alojamiento, de allí no puede desprenderse el monto pagado, las condiciones para su pago, ni la frecuencia de los mismos, por lo que de ninguna manera se abre paso a una condena al respecto.

En lo que refiere a las pretensiones de indemnización por despido e indemnización moratoria, y el 10% de comisión por fletes, no fue punto de disenso por el actor, y en gracia de discusión también estarían llamadas al fracaso por no acreditarse los presupuestos para su prosperidad.

Finalmente, en lo tocante a la prueba testimonial que no fue posible recepcionarla, debe estarse a lo resuelto en auto del 07 de mayo de 2021, mediante la cual el a quo negó la nulidad propuesta por el actor, por lo que no puede ahora tratar de revivir oportunidades procesales, ello debido a que no presentó recursos frente a la negativa de la nulidad propuesta.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado, pues ambas partes fueron recurrentes sin prosperidad para ninguna. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 29 de septiembre del 2020, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se confirman.

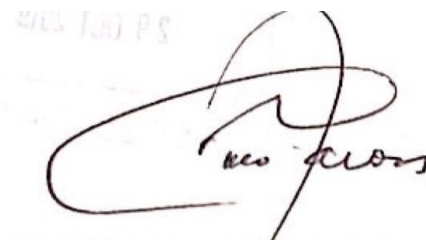
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: WILMER ALEXIS FAJARDO CORTES
DEMANDADO: MEGALINEA S.A.
RADICACIÓN: 110013105-028-2017-00820-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: SALARIO - BONIFICACIÓN.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. WILMER ALEXIS FAJARDO CORTES instauró demanda ordinaria contra MEGALINEA S.A., con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de enero de 2014 hasta el 18 de diciembre de 2014, el cual finalizó de manera forzada y sin justa causa imputable al empleador; que se declare que su salario devengado fue la suma de \$616.000 quincenales, más el 50% del salario fijo mensual como bonificación por el cumplimiento de metas constitutivas de salario, en consecuencia, que se condene a la entidad demandada al pago de los salarios fijos dejados de cancelar durante la vigencia de la relación laboral, el reajuste de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensión, indemnización por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, indemnización por despido indirecto, la indexación, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la entidad demandada desde el 16 de enero de 2014, vigente hasta el 18 de diciembre de 2014, desempeñándose como Asesor Contact Center Ventas; que ante el sistemático incumplimiento en el pago del salario fijo acordado y las bonificaciones presentó renuncia el 18 de diciembre de 2014; que en la cláusula décima del contrato de trabajo se estipuló que el empleador pagará quincenalmente la suma de \$616.000, pero solo le pagaba \$616.000 mensuales; que el 31 de julio de 2014 citó al empleador ante el Ministerio del Trabajo, pero ante la falta de conciliación se expidió constancia de no acuerdo; que durante la relación laboral se le pagó la suma de \$72.000 mensuales como auxilio de transporte; que recibió mensualmente bonificaciones por el cumplimiento de metas pagaderas en la última quincena de cada mes, valor disfrazado con el nombre de "pago a proveedores" y además fue otorgada como contraprestación directa de su trabajo; que la remuneración estuvo integrada por el sueldo fijo y unas bonificaciones; que al realizar la liquidación definitiva de prestaciones sociales no se tuvo en cuenta como factor

salarial la mitad del salario fijo acordado ni tampoco las comisiones como factor salarial; que siempre recibió instrucciones y ordenes de los señores Jonatán Arévalo y Ana Segura como jefes inmediatos; que el 27 de octubre de 2017 radicó reclamación para el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y primas adeudadas, así como también solicitó todos los desprendibles de nómina. (fls. 2 a 12).

2. Contestación de MEGALINEA S.A. Al contestar la demanda aceptó el vínculo laboral del actor del 16 de enero de 2014 hasta el 18 de diciembre de 2014, aclarando que la finalización del contrato fue por renuncia voluntaria radicada por el demandante, sin que se acepte la configuración del despido indirecto; asimismo manifestó que entre las partes pactaron que el salario sería de \$616.000 mensuales y no quincenales, aspecto informado al momento de la contratación, en la capacitación al momento del ingreso y así se reportó en las afiliaciones al sistema integral de seguridad social; frente a las bonificaciones adujo que estas fueron entregadas por mera liberalidad y sin que constituyan salario. Como excepciones de mérito rotuló las de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe de la demandada, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada, y prescripción (Fols. 75 a 102).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de julio del 2021, en el que la falladora de instancia, declaró que el salario devengado por el señor WILMER ALEXIS FAJARDO CORTÉS dentro del contrato de trabajo celebrado con el empresa MEGALINEA S.A. entre el 16 de enero y el 18 de diciembre de 2014 corresponde a la suma de \$616.000 mensuales; declaró que los valores percibidos por el demandante a título de bonificaciones corresponden a comisiones causadas por el cumplimiento de metas en las ventas de tarjetas de crédito; condenó a MEGALINEA SA a pagar al demandante la diferencia en la liquidación final del contrato en la suma de \$1.507.340; condenó al pago del cálculo actuarial con destino a la AFP PORVENIR S.A. por concepto de aportes a pensión sobre la diferencia existente en cada mes, tomando como base el salario de \$904.944; absolvió de las demás pretensiones y se abstuvo de gravar en costas.

Para tomar su decisión, indicó que en efecto se constató la existencia de una relación laboral del actor con MEGALINEA S.A. entre el 16 de enero de 2014 hasta el 18 de diciembre de 2014, bajo la modalidad de contrato a término indefinido.

Frente al tema del reajuste salarial adujo que no se logró acreditar que se hubiere prometido un cambio de salario al pasar de GPS a MEGALINEA S.A., además que el motivo de migración de entidad a entidad no fue la promesa salarial sino por una decisión administrativa; que no se logró acreditar que se hubiere prometido el pago doble respecto del salario; que el cambio de contrato y de empleador se hizo bajo las mismas condiciones en cuanto a salario, prestación del servicio y cargo, por lo que no existe razón lógica de que se haya pactado el doble del salario mínimo en el contrato de trabajo, y por ende, lo que acontece es una cláusula mal redactada, aunado a que el testigo que trajo la parte actora incurre en imprecisiones, pues laboró corto tiempo con la entidad y manifestó haber mirado los recibos de pago del actor en la que quincenalmente se le pagaban \$500.000 o \$600.000; empero ello no corresponde con la prueba documental adosada, además su testimonio es parcializado al haber sido retirado con justa causa de la entidad; que no hay razones que justifiquen un aumento salarial sin incremento de producción.

Sobre las bonificaciones adujo que conforme la cláusula décima tercera del contrato de trabajo se estipuló que no constituían salario; sin embargo, de lo dicho por el testigo

Jefferson Stick se pagaban tales comisiones por la venta de tarjetas de crédito, además que el representante legal de la entidad demandada solo se limitó a decir que eran otorgadas por mera liberalidad sin justificar ese rubro; que tales bonificaciones se otorgaron por el cumplimiento de metas y variaba en cada mensualidad, por lo que retribuía directamente el servicio y debe considerarse como factor salarial; en ese orden, luego de detallar las comisiones devengadas durante cada mes, estableció que el promedio del salario devengado durante la vigencia de la relación laboral asciende a \$904.944, y como quiera que la liquidación final de prestaciones sociales se hizo con el salario de \$616.000, dio lugar a la condena por cesantías, intereses a las cesantías, primas y vacaciones, con lo que existe una diferencia de \$1.507.304, suma que fue objeto de condena la entidad encartada.

Ordenó el pago de los aportes a la seguridad social en pensiones con destino a PORVENIR S.A. teniendo en cuenta como IBC la suma de \$904.944.

Frente al despido indirecto argumentó que no se probaron las causales esgrimidas, además de que no se aportó la carta de renuncia, y solo con la carta que se acepta la misma se logra desprender que lo fue por el tema del salario y el reajuste de bonificaciones, el cual, ante el primer motivo como se dijo se trató de un tema de interpretación de la cláusula del contrato, y respecto de lo segundo, nada se demostró ni se discutió en torno a que debía reajustarse las comisiones en relación con las devengadas en la anterior empresa.

En lo que respecta a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, absolvió de tal pedimento en la medida en que la entidad procedió a la liquidación de las prestaciones sociales con el salario pactado, además en el contrato se pactó que las bonificaciones no constituirían factor salarial, y solo a través del presente proceso es que se determinó que dichos conceptos constituyen salario.

Declaró no probada la excepción de prescripción, parcialmente probada las excepciones de cobro de lo no debido, y buena fe, y se abstuvo de imponer costas por haber prosperado parcialmente la demanda. (Fols. 176 a 177 con Cd de audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. La parte demandante y demandada, presentaron disenso contra la decisión de instancia en los siguientes términos:

4.1 Demandante: Manifestó que la a quo desconoce el contenido y lo estipulado por las partes en el contrato de trabajo, ya que el motivo del cambio entre GPS y MEGALINEA fue el incremento en el salario, y existe prueba suficiente de que ello fue así, tal como el dicho del testigo Jefferson Stick, así mismo, que los testigos traídos por la parte pasiva incurrir en imprecisiones; frente a las comisiones dijo que la testigo Karen manifestó que era un pago por mera liberalidad; sin embargo, el cargo de ella era diferente a la del actor; que se desconoce la abundante jurisprudencia respecto a que debe condenarse a la indemnización moratoria, ya que al no incluirse tal concepto en la liquidación final de prestaciones se incurre en tal sanción; que si quedó demostrado el despido indirecto, ya que se reconoció el pago de unas comisiones como factor salarial, además que el dicho de la testigo Karen sobre las mismas es contradictorio. En síntesis, solicita que se revoque la sentencia en los puntos objeto de apelación y se condene a la entidad demandada a las pretensiones relacionadas en la demanda.

4.2 Megaline SAS: Insiste en que es equivocada la conclusión del a quo al establecer que la bonificación otorgada constituye salario, pues el actor está reclamando un

derecho que no le corresponde, en la medida en que las prestaciones se liquidaron con el salario pactado entre las partes, además que la bonificación fue otorgada por mera liberalidad; que la carga de la prueba le corresponde al demandante, quien debía demostrar que la misma fue otorgada como contraprestación directa del servicio; que no se demostraron porcentajes o metas que generan la comisión por ventas alegada; que los pagos que se hicieron no fueron salariales; que en caso de confirmar la decisión de instancia, solicita que se revise el salario promedio, ya que para los meses de enero, febrero y marzo de 2014 no hay pago adicional al salario básico.

5. Alegatos de conclusión. Los mismos fueron presentados en el término legal de que trata el Decreto 806 de 2020, en la medida en que tratándose de apelación de sentencias se entiende que son 10 días para alegar de conclusión.

5.1 Demandante. Solicita que se acceda al reconocimiento de la totalidad del salario acordado en la cláusula decima del contrato de trabajo, ordenándose el reajuste salarial, así como la reliquidación de las demás prestaciones solicitadas en el libelo genitor, e igualmente se acceda a la indemnización por falta de pago completo de las prestaciones, en la medida en que no se evidencia buena fe de la encartada.

5.2 Demandada. Solicita que se absuelva a la entidad demandada de la totalidad de pretensiones en su contra, ya que los pagos realizados no constituyen salario, y fueron por mera liberalidad como se observa en los desprendibles de pago.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- (i) ¿El salario pactado por las partes fue de un SMLMV pagadero quincenalmente o mensualmente?
- (ii) ¿El pago de "bonificación mera liberalidad" pactado entre las partes constituye salario en los términos del artículo 127 del CST?
- (iii) En caso positivo, ¿Le asiste al demandante el derecho a la re-liquidación de las prestaciones y acreencias otorgadas a la finalización del contrato de trabajo?
- (iv) Así como también ¿Le asiste derecho al reajuste en las cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones?
- (v) ¿Se configuró un despido indirecto?
- (vi) ¿Le asiste derecho a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST?

Relación laboral y extremos temporales

Las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, tampoco sus extremos temporales, situaciones fácticas que fueron no solo aceptados por

la demandada MEGALINEA S.A. en su contestación (Fol. 86), sino también se logran corroborar del contrato de trabajo (folios 18), la aceptación de la renuncia presentada el 18 de diciembre de 2014 (folio. 38), y la liquidación final del contrato (Fol. 39).

Salario pactado

Establece el artículo 39 del CST que el contrato de trabajo debe contener entre otras cláusulas, la *"cuantía de la remuneración, su forma y periodos de pago"*. A su vez, el artículo 132 *ejusdem* consagra las formas y libertad de estipulación contractual del salario, en la que *"1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales"*.

En lo que refiere al salario en el sub examine, obra a folio 18 el contrato de trabajo entre el aquí demandante y MEGALINEA S.A., en la que se estipula la cláusula décima en los siguientes términos:

"EL EMPLEADOR, como contraprestación por los servicios del TRABAJADOR le pagará quincenalmente la suma correspondiente al \$616000 pagadero por quincenas vencidas, siendo entendido que en dicho salario está incluida y comprendida la remuneración (...)"

En línea de principio, tal como quedó redactada la cláusula contractual daría a entender que en efecto le asistiría razón a la parte activa; empero, también puede prestarse para una interpretación diferente, dado que al decir *"le pagará quincenalmente la suma correspondiente al \$616000"*, se estaría refiriendo a que el periodo de pago del salario es quincenal, y por ende, le pagaría lo *"correspondiente al \$616000"*, es decir, lo que arroje en 15 días sobre el valor total de \$616.000, y en esa medida, aprecia la Sala que en procura de zanjar la discusión cobra relevancia el principio de la realidad sobre las formas en este asunto, pues a pesar de la redacción de tal clausulado, lo que debe tenerse en cuenta es que motivó la contratación del actor al servicio de MEGALINEA S.A., ya que la parte activa alude a que venía laborando para Gestión de Procesos y Servicios SAS – GPS y a través de un contrato de transacción dieron por terminado tal relación laboral con la finalidad de ser contratados en MEGALINEA S.A., lo que en efecto ocurrió el 16 de enero de 2014, aspecto que al unísono se infiere de la prueba testimonial recabada, pues dieron cuenta que se trató de una vinculación masiva en la que más de 300 trabajadores pasaron de GPS a MEGALINEA S.A. a partir del 16 de enero de 2014.

En ese orden, la parte activa refiere que una de las razones por las cuales se produjo el cambio fue precisamente por la remuneración, esto es, que devengaría el doble de lo que venía devengando en GPS; empero, de entrada la Sala estima que ninguna probanza permite colegir que el cambio de empleador haya estado motivado por el aumento en la remuneración, ya que tal como lo dijo el representante legal de la encartada y que coincide con el testimonio de la señora Karen Liliana Guzmán, quien también efectuó el cambio de empleador, lo fue en razón a situaciones de índole administrativa, incluso mencionó el representante legal que la sociedad GPS había entrado en liquidación, por lo el cambio se efectuaba en aras de garantizar la continuidad de los trabajadores. Tesituras que afloran consistentes y que en todo caso se pueden corroborar con la prueba documental allegada al plenario, en especial la de folio 114 y 116 contentiva de certificación laboral del actor con la empresa Gestión de Procesos y Servicios – GPS en la que se enuncia que ocupaba el cargo de representante

bancario de ventas, devengando un salario mensual de \$589.500 y el contrato de transacción en la que se decide por parte de MEGALINEA S.A. vincularlo mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 16 de enero de 2014, respetándole en el evento de liquidar una eventual indemnización por despido el tiempo de servicios laborado en GPS, sin que nada se diga respecto de la remuneración o que de allí se logre extraer la promesa de aumentar la asignación básica al doble de lo que venía devengando como lo pretende hacer ver el actor.

Así las cosas, considera la Sala que al no haberse presentado cambio en el cargo desempeñado por el actor, esto es, como asesor de ventas, la asignación mensual pagadera quincenalmente tampoco tuvo variación, pues se corresponde con el salario mínimo legal vigente para cada anualidad, y por ende, la cláusula décima del referido contrato solo puede tenerse como un simple error de redacción, mismo que una vez advertido por el empleador tal como se constata con el testimonio de Juan Camilo Pérez Díaz, dio pie para que algunos trabajadores con posterioridad a la aclaración que hiciera la empresa, procedieran a elevar quejas ante el Ministerio del Trabajo y a la interposición de algunas demandas como la presente, pero que en realidad al momento de la contratación no presentaron ninguna inconformidad.

Ahora, el actor trajo al diligenciamiento el testimonio del señor Jefferson Stick Escobar Díaz, quien en apoyo a la tesis del actor dijo que en efecto la promesa fue la mejora del salario, pero que no se cumplió; no obstante, tal testimonio fue contradictorio, sobre todo cuando expresó que “todos” abordaron al gerente de MEGALINEA S.A. para pedir el cumplimiento del salario pactado, afirmación que no se corresponde con el dicho del demandante, pues aquel expresó que solo elevó reclamaciones verbales ante sus superiores inmediatos y con posterioridad acudió al Ministerio del Trabajo, aúnese a lo anterior que el testigo adujo haber visto los desprendibles de pago del actor y allí se reflejaba el valor de \$500.000 o 600.000 quincenal, cuando de los desprendibles de pago de nómina que descansan a folios 137 a 155, no se aprecia esos valores, máxime que el testigo solo laboró al servicio de MEGALINEA S.A. por tres meses, es decir, hasta marzo o junio del año 2014, y la relación laboral del actor se extendió hasta diciembre de 2014.

Bajo ese horizonte, mal podría sostenerse que lo pactado entre las partes fue \$616.000 quincenal o \$1.232.000 mensual como lo pretende el actor, pues de las probanzas allegadas al plenario y bajo el principio de la realidad sobre las formas, de la manera como se dio la vinculación del actor y el cambio de empleador, de ninguna manera se infiere que la promesa para proceder a firmar el contrato de transacción con GPS y suscribir un nuevo vínculo laboral con MEGALINEA S.A. haya sido precisamente el aumento de la asignación salarial.

“bonificación mera liberalidad” como salario

Para resolver este problema jurídico es preciso señalar que el artículo 127 del CST consagra los elementos integrantes del salario, dentro de los que se encuentra *“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”*.

Ahora, sobre su correcta intelección la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1662 de 2021, hace todo el andamiaje jurisprudencial respecto del artículo en cita, en la que extrae apartes de las sentencias desde la radicación No 5481 de 2003 hasta la SL4850 de 2019, y en lo que aquí concita la atención de esta Sala, determina que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, declarado exequible por la Corte

Constitucional en sentencia C-521 de 1995, existe la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados extralegalmente por el empleador, pueden ser considerados sin incidencia salarial, pero para que aquello ocurra debe verificarse si ese beneficio habitual u ocasional constituye retribución directa del ser servicio, es decir, le corresponde al juzgador *"examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado (...)"*

En la misma providencia se determina que el solo hecho de que se reciba un beneficio de manera periódica no implica que tenga incidencia salarial, razón por la que, el administrador de justicia no puede de manera simplista determinar la incidencia salarial por la manera habitual en que se recibe una suma de dinero, sino que debe realizar un **"juicio hermenéutico"** para desentrañar si lo recibido a favor del trabajador fue para remunerar el servicio prestado o lo fue para otra finalidad.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1798-2018 establece que existen conceptos que por su naturaleza tienen incidencia salarial, independiente del nombre que se les dé, los cuales no pueden excluirse de su naturaleza salarial por convenio entre las partes, tales como las comisiones.

La misma Corporación ordinaria ha señalado que las partes contratantes pueden convenir el pago de beneficios sin incidencia salarial, pero aquellos pactos deben ser expresos, claros, precisos y detallados, no siendo posible establecer cláusulas globales o genéricas, y que ante *"la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo"* (SL5159-2018)

De la misma providencia se extrae que los pagos no salariales deben tener destinación específica, es decir, que el emolumento no sea otorgado para que el trabajador *"dispusiera inmediatamente de esos recursos"*, ya que, de ser así, puede aquel emplearlos en *"la satisfacción de las necesidades que usualmente se colman mediante el salario"*, y en ese orden se desnaturaliza la finalidad del beneficio no salarial pactado entre las partes.

Frente a este particular tema, de manera más puntual nuestro máximo órgano de justicia ordinaria dejó sentado que para darle connotación salarial a un pago, la parte activa **debe probar su origen**, esto es, que se efectuó como contraprestación directa del servicio, de lo contrario resultaría impróspera la pretensión **(SL7820/14)**. Respecto a que se entiende por contraprestación directa del servicio, ha enseñado que es aquella cuyo pago depende de lo que haga o deje de hacer el trabajador, por ello, es necesario establecer si la contraprestación económica se generó o no por la actividad desarrollada por el trabajador **(SL2029/20 que reitera SL435/19, Rad. 32657/09)**.

Descendiendo al sub examine, en efecto la Sala se aviene a los discurrimientos del cognoscente de instancia, con base en los siguientes razonamientos.

A folio 18 obra el contrato de trabajo suscrito entre las partes, en la que se dice textualmente:

"DÉCIMA PRIMERA. Disponen expresamente las partes que no constituyen salario ni factor del mismo los auxilios o beneficios habituales u ocasionales existentes o los que en un futuro llegare a reconocer el EMPLEADOR convencional o contractualmente, o llegue a otorgar en forma unilateral, tales

como primas extralegales, de servicios, de navidad, bonificaciones por mera liberalidad, etc”

Igualmente, en los comprobantes de pago de nómina obrantes a folios 137 a 156 se detalla el concepto de “bonificación por mera liberalidad”; sin embargo, del dicho del testigo Jefferson Stick Escobar Díaz se desprende que tal emolumento era otorgado por comisión por ventas de tarjetas de crédito, en la que había unos “pisos” dependiendo del numero de tarjetas que se vendían en el mes.

Así las cosas, le competía a la entidad enjuiciada entrar a demostrar que aquello no fue así, o que tal bonificación no correspondía a comisiones por ventas; no obstante, nada trajo al diligenciamiento que se encause en ese horizonte, al contrario solo se contrajo a decir que “era de mera liberalidad” pero no ahondo en su finalidad, periodicidad u origen, a pesar de habersele preguntado, aspectos que llevan a la Sala a determinar que tal concepto fue otorgado como comisión por ventas, y por ende, remuneraba de manera directa la actividad que realiza el asalariado, pues entre más ventas de tarjeta de crédito, superior era su remuneración mensual.

De otro lado, si bien la cláusula contractual estipula “bonificación por mera liberalidad” como no constitutiva de salario, ello no da pie para que el empleador arrope en ese concepto las comisiones por ventas, el cual a la luz de lo establecido en el artículo 127 del CST constituyen salario (CSJ- SL, Radicación No 22069 del 27 de septiembre de 2004), lo que significa que al no haber sido clara, precisa y detallada la finalidad de tal concepto, debe seguirse la consecuencia de que trata la sentencia SL5159-2018, esto es, ceñirse a la regla general de que para todos los efectos se considera tal concepto como retributivo de la actividad desarrollada por el trabajador.

De igual manera, nótese que una de las características de los beneficios no salariales es que deben tener destinación específica, lo que no ocurre en el sub examine, ya que nada de ello se logró acreditar por la empresa demandada, al contrario se acreditó que tal concepto correspondía a las comisiones por ventas.

Así las cosas, sin que haya más que agregar al respecto, concluye la Sala que debe confirmarse la decisión de instancia en lo que respecta a la incidencia salarial de bonificación por mera liberalidad, indicando desde ya que la orden impartida respecto a los reajustes en las aportaciones al fondo de pensiones con el salario realmente devengado también debe confirmarse, pues tales aportes son imprescriptibles, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la SL13207-2015, que reiteró la SL7885-2015.

Salario promedio devengado para el reajuste de prestaciones

Señaló la parte recurrente que para los meses de enero, febrero y marzo de 2014 no se reporta que el actor haya devengado la referida bonificación, ante lo cual, aprecia la Sala que le asiste razón, ya que de la documental de folio 22 a 26 y 137 a 155, contentiva de comprobantes de nómina no se refleja tal concepto para esos meses, y a pesar de que el actor haya allegado los extractos bancarios (Fols. 27 a 34) donde se detalla unos pagos por “abono dispersión pago de proveedores- otro de Megaline”, no puede asumirse que tales abonos constituyan el mismo concepto de la “bonificación por mera liberalidad”, dado que no se detalla en los desprendibles de pago de nómina como aparece en los meses siguientes a marzo, y además ninguna otra prueba permite constatar que ese valor consignado se corresponda con la bonificación que aquí se declaró como integrante del salario, razón por la cual, se procederá a realizar los

cálculos correspondiente con el fin de encontrar el salario promedio, pero solo se tendrá en cuenta la información reportada en los desprendibles de nómina que obran a folios 137 a 155.

		SALARIO RECIBIDO		
PERIODO		SALARIO	COMISIÓN	
16/01/2014	31/01/2014	\$ 308.000,00		
1/02/2014	28/02/2014	\$ 616.000,00		
1/03/2014	31/03/2014	\$ 616.000,00		
1/04/2014	30/04/2014	\$ 638.458,00	\$ 651.180,00	
1/05/2014	31/05/2014	\$ 616.000,00	\$ 457.940,00	
1/06/2014	30/06/2014	\$ 616.000,00	\$ 291.900,00	
1/07/2014	31/07/2014	\$ 616.000,00	\$ 147.840,00	
1/08/2014	31/08/2014	\$ 616.000,00	\$ 261.320,00	
1/09/2014	30/09/2014	\$ 616.000,00	\$ 97.580,00	
1/10/2014	31/10/2014	\$ 616.000,00	\$ 7.410,00	
1/11/2014	30/11/2014	\$ 616.000,00		
1/12/2014	18/12/2014	\$ 369.600,00		
	TOTAL	\$ 6.860.058,00	\$ 1.915.170,00	total
	PROMEDIO	\$ 618.023,24	\$ 172.537,84	\$ 790.561,08

Acreencias laborales adeudadas

Se procede a re-liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales constata la Sala que a folio 39 obra liquidación final de prestaciones en la que se tuvo en cuenta el salario básico mensual de \$616.000.

Auxilio de cesantía

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 fuese 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. 2º 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 se cumplen en el sub examine, pues en las planillas de pago se observa que fue cancelado como “auxilio de transporte”, además que lo devengado no supera más de 3 SMLMV mensuales.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **\$797.869** por concepto de auxilio de cesantías entre el 14 de enero de 2014 al 18 de diciembre de 2014.

DESDE	HASTA	SALARIO RECIBIDO	AUXILIO DE TRANS	TOTAL (SALARIO + AUX TRANS)	DIAS	CESANTIAS
14/01/2014	18/12/2014	\$ 790.561,08	\$ 72.000,00	\$ 862.561,08	333	27,75

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. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$88.563,46** por concepto de intereses a las cesantías causados.

DESDE	HASTA	DIAS	CESANTIAS	% CESANTIAS
14/01/2014	31/12/2014	333	\$ 797.869,00	\$ 88.563,46

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 el lapso trabajado.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$797.869** por concepto de prima de servicios causadas.

Prima de servicios					
Prima causada y exigible	Total (salario)		Salario diario	Días	Valor prima
Jun- dic 2014	\$862.561.08		\$ 28.752,04	27.75	\$ 797.869
Total Prima de servicio					\$ 797.869

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$365.634,50** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 14/01/2014				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
14/01/2014 a 18/12/2014	Terminación del Contrato	\$ 790.561.08	333	\$ 365.634,50
Total vacaciones				\$ 365.634,50

Saldo insoluto

Así las cosas, en total la liquidación final de prestaciones corresponde a \$2.049.935,96, menos \$962.126 que le fue pagado en la liquidación final (Fol. 39), queda un valor insoluto por prestaciones de \$ 1.087.809,96.

Indemnización moratoria

Respecto a esta pretensión 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 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 existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que en el contrato de trabajo se pactó que las "bonificaciones por mera liberalidad" no constituye salario, ya que lo que se evidencia es que se disfrazó en tal concepto las comisiones por ventas, las cuales a todas luces constituye salario, y así lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1798-2018, en la que en un caso de similares contornos expuso:

"En efecto, de lo expresado en líneas precedentes, quedó claro que la Fundación Mundo Mujer, indebidamente, intentó disfrazar el carácter retributivo de las comisiones devengadas por la demandante, denominándolas «bonificaciones». Esta conducta deliberada de usar etiquetas, nombres u otras estrategias lingüísticas para desorientar, ocultar o esconder la verdad de las cosas, no puede ser considerada de buena fe".

En consecuencia, sobre este aspecto se le dará la razón a la apoderada judicial de la activa, y en ese orden se entrará a cuantificar la indemnización citada:

- Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro por fuera de los 24 meses de finalizada la relación -18 de diciembre de 2014- (folio 59, acta de reparto del 27 de noviembre de 2017), en consecuencia, se deberá condenar a la encartada a pagar a favor del señor Wilmer Alexis Fajardo Cortes el valor de \$26.352,04 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 19 de diciembre del 2014 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 18 de diciembre de 2016, para un total de **\$18.973.468,8**, y a partir del 19 de diciembre de 2016 deberá reconocer los intereses moratorios sobre las diferencias prestacionales adeudadas hasta la fecha en que se efectuó su pago. Aclarando que para la fecha de terminación de la relación laboral el demandante devengaba un salario promedio mensual de **\$790.561,08** tal como se expuso.

Lo anterior con fundamento en lo dispuesto en la sentencia C- 781 de 2003 y el principio de favorabilidad en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Indemnización por despido sin justa causa

El demandante argumentó en su libelo introductor que se dan las condiciones para que sea condenada a la encartada al pago de la citada indemnización, en tanto que se acreditó un despido indirecto.

Sobre tal semblante, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia

de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014) .

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral, sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia Radicado No. 5272 de 1993, reiterada en Radicado No. 41490 de 2011 y SL 18344 de 2016, ha señalado con respecto al despido indirecto producto de la renuncia del trabajador lo siguiente:

“El despido indirecto o auto despido producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST y, aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador; pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él le corresponde el deber de probarlos; situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados”

En el sub examine, debe decir la Sala que la relación laboral existente entre las partes, finiquitó por la renuncia presentada por aquél (folios 38); empero, no se allegó por parte del demandante la carta de terminación del contrato, ya que lo único que se tiene es la aceptación de la renuncia donde se logra extraer que *"no compartimos los supuestos motivos por usted referidos en la aludida comunicación, toda vez que las razones expuestas como "el incumplimiento en cuanto a los ajustes de la bonificación, e igualmente en el incumplimiento de a la cláusula 10 del contrato laboral"*

No puede esta Sala acoger la posición del actor, tendiente a estructurar la renuncia provocada con fundamento en manifestaciones genéricas sin sustento probatorio, pues en lo referente a la cláusula décima del contrato de trabajo, al inicio de esta providencia se dejó claro que el salario pactado lo fue de \$616.000, y que tal cláusula presentaba error en su redacción que no daba lugar a entender que lo pactado haya sido \$1.232.000 mensuales; en cuanto a los “ajustes a la bonificación” no se entiende si lo que refiere es a que debían re liquidarse las bonificaciones u otorgarse en un mayor valor, o que las mismas sean consideradas como salario, lo que denota que al ser una expresión genérica sin concretar el verdadero motivo de disenso, mal podría la Sala asumir que el despido indirecto lo fue por no habersele dado el carácter de salarial a la bonificación otorgada, pues ello equivaldría a interpretar la carta de renuncia presentada por el actor, el cual no se ajusta a derecho en tratándose de la configuración del despido indirecto.

Como puede verse, el demandante en el asunto de autos no cumplió con su carga de la prueba, esto es, demostrar que su renuncia obedeció a los motivos esgrimidos en la carta de renuncia, o que este haya incurrido en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST.

Indexación

La solicitud de indexación sobre las prestaciones sociales se negará ante la prosperidad de la indemnización moratoria. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles, tal y como se señaló en sentencia SL2695-2019. Sin embargo y como quiera que las vacaciones, no están cubiertas por la indemnización moratoria, ante su devaluación esta deberá ser indexada al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 19 de diciembre de 2014 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

Costas

Sin costas en esta instancia ante la prosperidad parcial del recurso de alzada propuesto por la parte demandante. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 los numerales **TERCERO** y **CUARTO** de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de julio de 2021 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

"TERCERO: CONDENAR a MEGALINEA S.A. a pagar al demandante la diferencia de la liquidación final del contrato de trabajo por la suma de \$1.087.809,96.

"CUARTO: CONDENAR a MEGALINEA S.A. a pagar el cálculo actuarial a la AFP PORVENIR S.A. por concepto de aportes en pensión, sobre la diferencia existente en cada mes, teniendo en cuenta los siguientes IBC:

PERIODO		SALARIO	comisión	SALARIO MENSUAL
16/01/2014	31/01/2014	\$ 308.000,00		
1/02/2014	28/02/2014	\$ 616.000,00		
1/03/2014	31/03/2014	\$ 616.000,00		
1/04/2014	30/04/2014	\$ 638.458,00	\$ 651.180,00	\$ 1.289.638,00
1/05/2014	31/05/2014	\$ 616.000,00	\$ 457.940,00	\$ 1.073.940,00
1/06/2014	30/06/2014	\$ 616.000,00	\$ 291.900,00	\$ 907.900,00
1/07/2014	31/07/2014	\$ 616.000,00	\$147.840,00	\$ 763.840,00
1/08/2014	31/08/2014	\$ 616.000,00	\$261.320,00	\$ 877.320,00
1/09/2014	30/09/2014	\$ 616.000,00	\$ 97.580,00	\$ 713.580,00
1/10/2014	31/10/2014	\$ 616.000,00	\$ 7.410,00	\$ 623.410,00

1/11/2014	30/11/2014	\$	616.000,00		
1/12/2014	18/12/2014	\$	369.600,00		

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral QUINTO de la sentencia proferida el 22 de julio del 2021, mediante la cual absolvió a la entidad demandada de la sanción moratoria, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada MEGALINEA S.A. a pagar al señor **WILMER ALEXIS FAJARDO CORTES** los siguientes conceptos:

- a) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., el valor de \$26.352,04 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 19 de diciembre del 2014 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 18 de diciembre de 2016, para un total de **\$18.973.468,8**, y a partir del 19 de diciembre de 2016 deberá reconocer los intereses moratorios sobre las diferencias prestacionales adeudadas hasta la fecha en que se efectuó su pago.
- b) El concepto de vacaciones (**\$ 365.634,50**), deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 19 de diciembre de 2014 y como IPC final al momento de su pago.

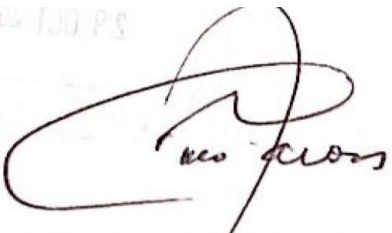
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia venida en apelación.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUÍS 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: KEVIN JAVIER CHADID CORPAS
Demandadas: ADECCO COLOMBIA S.A. Y LIEBER COLOMBIA S.A.S.
Radicado No.: 39-2019-00237-02
Tema: CONTRATO REALIDAD – APELACIÓN PARTES- CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. Kevin Javier Chadid Corpa, instauró demanda ordinaria contra Adecco Colombia S.A. y Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S., con el propósito de que se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido desde el 16 de noviembre de 2016 hasta el 1 de abril de 2017, con la segunda de aquellas, cuyo salario devengado fue el equivalente a \$1.155.600, mismo que terminó sin justa causa. En consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor lo correspondiente por concepto de trabajo suplementario, salarios, auxilio de transporte, primas legales y extralegales, vacaciones, cesantías y sus intereses, dotación, aportes al sistema de seguridad social, indemnización por terminación del contrato de trabajo a término indefinido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de las cesantías, 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios causados y subsidio de desempleo otorgado por la Caja de Compensación de Subsidio familiar.

De manera subsidiaria peticiona la declaración del contrato de trabajo con Adecco Colombia S.A., dentro del interregno comprendido entre el 16 de noviembre de 2016 al 1 de abril de 2017, y en tal virtud, se condene a la citada sociedad y a Lieber Colombia S.A.S. en forma solidaria al pago de las pretensiones condenatorias ya enunciadas; solicitando, en todo caso, el pago de agencias en derecho y costas procesales, y lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró contrato de trabajo con la sociedad accionada Adecco Colombia S.A., a partir del 16 de noviembre de 2016, para prestar sus servicios laborales a la empresa Uber Colombia S.A.S., en el cargo de Experto, funciones que tuvieron por objeto el desarrollo misional de la actividad económica de la empresa usuaria. Indicó que el 30 de enero del 2017, la supervisora y jefe inmediato le solicitó verbalmente dejar las instalaciones de la empresa, recibiendo salarios de los meses de febrero y marzo del mismo año.

Informó que el 3 de mayo de 2018 petitionó formalmente a su empleador el pago de su liquidación final de prestaciones sociales e indemnizaciones moratorias, razón por la cual, mediante respuesta del 25 de mayo de 2018, la accionada Adecco Colombia S.A. le notificó el finiquito de la relación laboral, aduciendo terminación de la obra y labor realizada a partir del 1 de abril de 2017 y asegurando que la empresa usuaria no le notificó el desahucio. Agregó que la demandada no canceló prestaciones sociales, tampoco entregó dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato de trabajo, la constancia de pago a la seguridad social de los 3 últimos meses. (Expediente Electrónico, archivo PDF enlistado en el numeral 1, págs. 2 a 30)

2. Contestación de demanda.

2.1. Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S. Al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, aduciendo que entre la compañía y el demandante no existió una relación contractual laboral, civil, comercial o de cualquier otra índole, de manera que tampoco existe fundamento fáctico, legal o contractual que establezca sea responsable del pago de acreencias laborales. Sostuvo que no hay supuestos que permitan concluir que se reúnen los requisitos establecidos en el artículo 34 del CST, motivo por el cual no debe siquiera vincularse de manera solidaria para ninguna de las pretensiones incoadas. En su defensa propuso como medios exceptivos las de falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de solidaridad en cabeza de la compañía, el demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones, buena fe, cobro de lo no debido, temeridad de la demanda y actuación indebida del demandante, prescripción y genérica. (Expediente Electrónico, archivo PDF enlistado en el numeral 3, págs. 32 a 153)

2.2. Adecco Colombia S.A. Se opuso a las pretensiones, con fundamento en que con el demandante celebró contrato por duración de la obra o labor contratada, dentro de los extremos temporales del 16 de noviembre de 2016 al 1 de abril del 2017, sin prestación del servicio por parte del actor desde el 1 de febrero de 2017. Refirió que su terminación se dio a lugar en razón a la voluntad de la empresa usuaria Uber Colombia S.A.S., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 y 61, literal d del CST.

Expuso que no hay lugar al reconocimiento de prestaciones sociales, en razón a que al efectuar su liquidación se realizó un cruce de cuentas con los dineros erróneamente pagados por concepto de salario de los meses de febrero y marzo de 2017, tiempo durante el cual el actor no prestó servicios, ni informó tal situación a su empleador. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido, compensación, prescripción, buena fe e inexistencia de la carga de la prueba por la parte actora. (Expediente Electrónico, archivo PDF enlistado en el numeral 3, págs. 84 a 90)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de julio del 2021, en la que la falladora declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el actor y Uber Colombia SAS hoy Lieber Colombia S.A.S, desde el 16 de noviembre de 2016 hasta el 1 de abril de 2017; probada parcialmente la excepción de compensación; y que el despido fue sin justa causa. En consecuencia, condenó a las demandadas solidariamente al pago de prestaciones sociales, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria y costas del proceso.

Para los fines que interesan al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante en el escrito de demanda. Con tal propósito, citó lo dispuesto en los artículos 23 y 24 del CST y conforme a ello aludió a que se encontraba demostrada la prestación de servicios del actor a favor de Uber Colombia S.A.S., pues así se indicaba en el contrato

de obra o labor contratada celebrado con Adecco Colombia S.A., en el que se aprecia que la empresa usuaria fue el lugar donde desempeñaba las labores.

Refirió que Uber Colombia S.A.S., realizó un contrato de servicios de suministro de personal en misión con Adecco Colombia S.A., en consecuencia, debía verificar si esa prestación del servicio a favor de Uber está revestida de todos los elementos de un verdadero contrato de trabajo o si por el contrario esa relación no existió en virtud de que en realidad se dio un contrato en misión. Así las cosas, aludió al haz probatorio arrojado al proceso, así como al artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y con ello significó que el contrato comercial celebrado entre la empresa usuaria y de servicios temporales debe sustentarse en función en las tres posibilidades de provisión de servicios temporales, pues de no ser así o que desborde los límites temporales previstos hace desaparecer el sustento contractual normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión.

Bajo ese horizonte, señaló que las demandadas no cumplieron en debida forma las disposiciones legales y legislativas que establece la Ley 50 de 1990, en tanto que las funciones realizadas por el demandante no eran transitorias, pues sus actividades desplegadas obedecían a labores propias y permanentes de la empresa, al punto que se contaba con personal en la planta que realizaba las mismas labores, por lo tanto, corresponden al giro permanente propio de la empresa. Dijo que el aumento en la producción no fue acreditado en el proceso, siendo carga probatoria de la demandada Lieber.

Agregó que, de conformidad con el contrato comercial, este inició el 4 de marzo del 2015, con un plazo de un año y medio, lo que daba cuenta que las partes utilizaron de manera fraudulenta y regular la figura de contratación prevista en la Ley 50 de 1990, situación que se refuerza si se tiene en cuenta que el 29 de junio del 2017 se acordó nuevamente las condiciones de la oferta mercantil ya suscrita. Indicó que la demandada Lieber ejerció facultades que le están dadas únicamente a su empleador, ello de cara a la carta de terminación del contrato de trabajo, que denota que la sociedad fue la que en últimas finalizó el laborío.

Señaló que el actor no estaba prestando sus servicios por orden de la empresa usuaria, por lo que Lieber en su poder subordinante decidió comunicarle al actor la decisión que dejará las instalaciones, desbordando las competencias y facultades contractuales. Con fundamento en lo anterior, acotó que debía declarar la existencia de un contrato de trabajo con aquella.

Respecto del pago de prestaciones sociales, anunció que de conformidad con el artículo 128 del CST, de entrada, advertía que, al no prestarse el servicio por parte del actor, no tendría derecho a percibir salarios, no obstante, dijo que en armonía al artículo 140 de la misma disposición, la no prestación de servicios radicó en que la demandada Lieber informó al demandante el 30 de enero de 2017 que se fuera para su casa y que la empresa de servicios temporales le daría nuevas instrucciones, aspecto que no ocurrió, en tanto que esta última en comunicación del 7 de septiembre del 2018 aceptó que la empresa usuaria no puso en conocimiento la decisión del 30 de enero del 2017, por lo que se encuentra acreditado que la no prestación de servicio ocurrió por causas imputables a la demandada Lieber, razón por la cual tiene derecho al pago de los salarios de los meses de febrero y marzo del 2017, siendo ilegal el descuento que se le hizo en la liquidación de prestaciones sociales.

Frente a la sanción moratoria por la no consignación de cesantías sostuvo que, de conformidad con la certificación de pago de cesantías, evidenciaba que las cesantías del año 2016 se pagaron el 14 de febrero del año siguiente ante el fondo, por lo que al

culminar la relación laboral al 1 de abril del 2017 el demandado no tenía obligación de depositar las cesantías ante el fondo, debiendo denegar dicho pedimento. Referente a la indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST, afirmó que la empleadora adeuda los valores correspondientes a prestaciones sociales, sin que aparezca justificación para no proceder con su pago, demostrándose la mala fe de la demandada al encubrir una relación laboral fraudulentamente bajo la figura de la Ley 50 de 1990, lo que da lugar a su pago. (Expediente Electrónico, carpeta 33Audiencia20210723Sentencia, audio 01AudienciaArticulo8020210609)

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Recurso de apelación del demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación arguyendo que de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ordena la obligación de consignarlas al fondo de cesantías a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, razón por la cual el auxilio debe ser pagado directamente al trabajador al momento de la terminación del contrato de trabajo. En ese sentido, expuso que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia debe reconocerse la indemnización consagrada en dicha disposición a partir del momento en que finalizó el laborío, esto es al 1 de abril del 2017, *“por lo que haría falta que se condene a las demandadas las cesantías liquidadas dentro del término del 1 de enero de 2017 al 1 de abril de 2017”*. Refirió que no se requiere para tal fin analizar buena o mala fe del empleador, sino, que solamente basta con constatar que al momento de la terminación no se pagó el auxilio de cesantía. (Expediente Electrónico, carpeta 33Audiencia20210723Sentencia, audio 01AudienciaArticulo8020210609)

4.2. Adecco Colombia S.A. En su alzada sostuvo que del mismo contrato se desprende que el actor tenía pleno conocimiento que existía un incremento de productividad para los meses de noviembre y diciembre y que pese a que obra un contrato que se realizó en el mes de marzo, ello lo fue al presentarse *“una serie de circunstancias que durante ese contrato se requiriera las actividades propias, independiente, en donde se pudiera necesitar personal temporal que ejerciera otras actividades”*. Insistió en que el actor tenía pleno conocimiento de que se trataba de un aumento de productividad y así lo manifestó cuando anteriormente se había presentado otro vínculo laboral.

En lo que hace a las indemnizaciones dijo que no compartía que con relación a que el vínculo laboral continuaría bajo las circunstancias establecidas en el artículo 140 del del CST, en razón a que el demandante debió dirigirse a la empresa a manifestar igualmente esta situación, aspecto que no se presentó por parte de aquel, sino hasta que incoó su derecho de petición, en que confesó que dejó de prestar sus servicios a principios del mes de enero. En tal virtud, aludió que debía compensarse los dineros cancelados por concepto de salarios y los valores por prestaciones sociales adeudados, máxime cuando no existió mala fe, sino un error de comunicación, sin que se pretendiera hacer daño al trabajador, a lo que se sumó siguió pagando su salario hasta que se termina la relación laboral.

Expuso que lo anterior da lugar a que se le exonere de la indemnización moratoria, además, insistió en que no hubo un contrato realidad con Uber en razón a que no se presentó intermediación laboral, como lo argumenta la A quo, sino que efectivamente se dieron las causales propias de mediar en un contrato de servicio temporal que existió entre las partes. (Expediente Electrónico, carpeta 33Audiencia20210723Sentencia, audio 01AudienciaArticulo8020210609)

2.1. Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S. Esgrimió en sustento de su apelación que el verdadero y único empleador del actor fue Adecco Colombia S.A., puesto que aquel conoció las condiciones de temporalidad, máxime cuando no se acreditó que se configurara los elementos de una relación laboral. Adujo que, en virtud del contrato de suministro de personal con Adecco, sociedad autorizada y cuyo objeto radica en el

suministro de trabajadores en misión, hizo un requerimiento de personal en la temporada de fin de año de 2016.

Indicó que el demandante prestó sus servicios como trabajador en misión entre los precisos lineamientos que autoriza la norma sin sobrepasar los límites materiales ni temporales, ni siquiera excediendo los seis meses, entendiéndose a un incremento en la producción por la temporada de fin de año, la cual es absolutamente clara y está autorizada en la norma. Expuso que el empleado incumplió con sus obligaciones con su empleadora Adecco Colombia S.A. a no acercarse a recibir las instrucciones; además, que el hecho de que la oferta de servicios tenga una vigencia desde el año 2015, no implica una necesidad permanente de personal, dado que *"es una oferta abierta a las necesidades temporales dentro de los precisos términos legales, porque existen varias causales para requerir personal temporal, por ejemplo personal que está en vacaciones y licencias y no tiene sentido suscribir un contrato de prestación de servicios diferentes para cada necesidad, porque ya están establecidas previamente en la Ley, de esta manera se ha ejecutado el contrato (...)"*

Sostuvo que la temporalidad jamás se quebrantó y nunca terminó el contrato del trabajador, ya que dicha facultad la tiene el empleador y quien realizó la finalización del vínculo laboral. Indicó que el empleador no prestó los servicios durante dos meses, aspecto que confesó el trabajador, así como en los hechos narrados en la demanda; tampoco existe el cargo Experto al interior de la empresa, ni plazas con iguales funciones. Adujo que erró la A quo al determinar responsabilidad solidaria, la cual no se predica de empresas temporales, como lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Último que no actuó de mala fe, dado que su conducta estuvo atada al marco de las empresas de servicios temporales y verificó que en efecto Adecco Colombia cumpliera con todos los requerimientos legales para suministrarle personal. (Expediente Electrónico, carpeta 33Audiencia20210723Sentencia, audio 01AudienciaArticulo8020210609)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S. Alegó en su favor que el contrato de suministro de personal en misión no significaba que desde el año 2015 se estuvieran prestando por parte de Adecco servicios temporales para Lieber, excediendo claramente los términos de duración Art. 71 y ss. de la Ley 50 de 1990 para este tipo de contratos, pues contaba con un contrato marco en virtud del cual podía efectuar diversos requerimientos u órdenes de compra según sus necesidades, en distintos periodos de tiempo, esto es, no se trató de un contrato con servicios temporales continuos ni por los mismos servicios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- (i) ¿El A quo erró al colegir la existencia de una relación laboral entre el actor y Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S., fungiendo la empresa de servicios temporales codemandada como simple intermediaria?
- (ii) Por el contrario, ¿se cumplieron los presupuestos establecidos para la contratación de trabajadores en misión?

- (iii) De hallarse positiva la respuesta al primer interrogante, se entrará a determinar ¿el hecho de no haber prestado el actor el servicio personal entre los meses de febrero y marzo de 2017, tiene como consecuencia jurídica la no cancelación de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir a la luz del artículo 140 del CST?
- (iv) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al condenar a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, sin valorar que canceló salarios sin prestación del servicio, además, porque se cumplieron los presupuestos establecidos para la contratación de trabajadores en misión, lo que desvirtúa la presunción de mala fe?
- (v) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al no condenar la sanción moratoria por la falta de consignación de cesantías, en tanto que estas no se cancelaron después de finalizada la relación laboral que entre las partes existió?

Relación laboral

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar en cuanto a la vinculación que aduce la encartada sostuvo como entidad usuaria con la demandante, quien señala le prestó sus servicios como trabajadora en misión enviada por la empresa de servicios temporales, que el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que las empresas de servicios temporales (EST) *"son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador"*.

En ese sentido, su objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución; por manera que los empleados en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de esta y quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Sin embargo, en sendos pronunciamientos la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que sólo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para algunos eventos específicos y excepcionales como son el desempeño de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más (artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Así entonces, reiteró en sentencia con radicación SL4330-2020, que:

"En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita."

Dicho ello y de cara a los supuestos fácticos probados en el caso analizado, no se puede admitir el argumento aducido por la pasiva en su contestación de demanda y de contera en su recurso de apelación, dirigido a enervar la verdadera relación laboral que la ató con el aquí demandante, bajo el argumento de que su vinculación lo fue como trabajador en misión enviado por la empresa de servicio temporal, ello en atención que el promotor del litigio en el interregno que estuvo vinculado como tal, ejecutó actividades en favor de Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S. que no corresponden a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, compartiendo en forma integral las intenciones a las que llegó la sentenciadora de primer grado.

Lo anterior, se explica por cuanto los medios de convicción aportados al proceso dan cuenta que si bien el señor Kevin Jacier Chadid Corpa prestó sus servicios a favor de Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S., dentro del hito temporal entre el 16 de noviembre de 2016 al 1 de abril de 2017, lo cual permitiría concluir a primera vista que no se superó el máximo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, tal como indican las demandadas, no obstante, es claro que dicha vinculación no se efectuó con el fin de satisfacer aumentos en la producción, ventas o en la prestación de servicios de la empresa usuaria, lo que lleva a la Sala colegir que las labores que realizó fueron una necesidad permanente de aquella.

Esto último, si se tiene en cuenta que en el texto del contrato de trabajo de obra o labor determinada allegado al instructivo no se plasmó con precisión y claridad alguna de las tres causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 a efecto de determinar cuál fue la que originó la vinculación. De hecho, ni siquiera se registró aquello en la oferta mercantil de servicio de suministro de personal en misión calendada del 4 de marzo del 2015, en tanto que tal aspecto, al igual como se hizo en la celebración del vínculo laboral, se dejó de forma vaga e imprecisa, toda vez que en la cláusula primera apenas se indicó "(...) ADECCO COLOMBIA S.A. suministrará el personal en misión que por ustedes sea requerido en la correspondiente orden de compra de nuestros servicios, por la labor temporal que en esta se señale para los casos autorizados en la legislación laboral colombiana, sin que en el evento previsto por el numeral 3° del artículo 77 de la ley 50 de 1990, se exceda del término de un año"; sin que manera alguna se aluda a una necesidad específica, menos aún de la contemplada en el numeral 3 de la citada disposición, es decir, para atender incrementos en la producción y ventas, como lo pretende hacer ver la censura, en la medida que tampoco se fijó cuál fue ese acrecentamiento, ni mucho menos se probó en este asunto.

Y es que llama la atención de la Sala que, si bien la empresa usuaria manifestó que la vinculación del actor con la empresa se realizó debido al incremento en la producción de fin de año, para esa época, no obstante, no arrimó ningún medio de persuasión tendiente a demostrar tal situación. Es más, nótese lo desacertado de la apelación pretender demostrar ello con el propio dicho del representante legal de la demandada Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S., pues conviene no olvidar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella.

Además, la Sala evidencia que no es dable predicar confesión como pretende la censura, entre otras cosas, porque tampoco se evidencia la admisión de un hecho que le produzca consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria, situación que a su vez tampoco permite colegir que verse exclusivamente sobre hechos personales o de los que tenga o deba tener conocimiento¹; por manera que mal podría afirmarse que lo dicho por el declarante sea suficiente para tener por acreditado que se trató de un incremento en la producción, tal como lo pretende equivocadamente la apoderada judicial de dicha sociedad, para justificar la vinculación del gestor de la litis.

¹ Artículo 191 del Ibidem

A lo anterior se suma que está demostrado en el proceso que la usuaria transgredió los límites de temporalidad y causalidad previstos en la citada preceptiva para este tipo de vinculaciones, de cara a la oferta mercantil de servicio de suministro de personal en misión que tiene como fecha de suscripción el 4 de marzo del 2015, que deja en evidencia que las actividades realizadas a través de la empresa temporal de servicios codemandada siempre persistieron y, por ende, se mantuvieron en el tiempo, lo que ratifica, sin hacer uso de otro medio probatorio, que era una necesidad imperativa de la empresa usuaria contar con las labores realizadas por el actor, de allí que se hayan quebrantado las disposiciones que rigen la intermediación laboral.

Así las cosas, la juez de primer grado no incurrió en yerro alguno al escatimar que las actividades que desarrollaba el actor no correspondían a labores temporales determinadas por circunstancias específicas, como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios, en consecuencia, al ser un requerimiento permanente en la entidad usuaria debía ser atendido con un trabajador directamente vinculado por ella, de tal manera que, pese a que el periodo en que estuvo el actor ejecutando su actividad laboral no quebrantó los límites temporales de seis (6) meses, prorrogable hasta por seis (6) meses más, no se puede perder de vista que las circunstancias que rodearon la prestación del servicio tampoco permiten colegir que fuesen gobernadas bajo ese rito normativo, en tanto, que existen elementos de persuasión que llevan a concluir que el promotor de la litis fue vinculado con la accionada ante la necesidad permanente de contar con esos servicios, que se extendieron por más tiempo del legalmente previsto para el trabajo en misión, de cara a la oferta mercantil que se suscribió entre las codemandadas y su posterior renovación.

De esta manera, resulta palmario que al no haberse encontrado dentro de las circunstancias contempladas en el Art. 6 del Decreto 4639 de 2006 para contratar al aquí demandante como trabajador en misión de la entidad usuaria, la demandada Empresa de Servicios Temporales, pasa a ser un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo, que el usuario ficticio, es decir, Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S., se considerará su empleador, y por ende, la temporal, pasará a responder solidariamente, solidaridad que nace por mandato legal, la cual no puede confundirse con la señalada en el artículo 34 de la misma norma adjetiva, como lo hace la apoderada judicial de dicha sociedad al hacer alusión al precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues esta regula otros aspectos que no atañen al objeto del litigio, como la figura del contratista independiente.

Por otro lado, para la Sala es intrascendente cuando se afirma que no se encuentra dentro de la planta de la sociedad el cargo que ejerció el actor, o que aquél no cumplió con funciones habituales de su objeto social, pues, como se dijo en sentencia SL 2710-2019, las empresas de servicios temporales pueden ser utilizadas para cumplir actividades excepcionales y temporales previstas en la norma en cita, **sean o no del giro habitual de sus negocios, pero no para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir personal permanente.**

Finalmente, la Sala insiste, respecto a la manifestación contenida en la apelación de Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S. referente a que la prestación de los servicios a través de la empresa de servicios temporales no excedió el límite temporal, que aquel razonamiento en nada justifica el quebrantamiento de la disposición legal que gobiernan la contratación a través de trabajadores en misión, ni tampoco permite derruir la sentencia de primer grado, no solo por las razones antedichas, sino porque como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia SL3520-2018:

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

Dicho aparte transcrito de forma extensiva por la Sala, es más que suficiente para que se mantenga en firme la sentencia de primer grado en lo que hace a que Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S. es la verdadera empleadora del aquí demandante y la empresa de servicio temporal actuó como simple intermediaria, la cual está obligada a responder solidariamente por las acreencias laborales del trabajador.

Salario sin prestación del servicio

La censura radica que la cognoscente de primer grado incurrió en un yerro al no dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 140 del CST, en tanto a que la no prestación del servicio se dio por causa imputable al trabajador, como lo es, no haberse presentado a la EST, para que aquella diera instrucciones sobre la continuidad del vínculo, situación que se presentó hasta que aquel hizo uso de su derecho fundamental de petición, misiva en la que confesó que dejó de prestar sus servicios a principios del mes de enero; aspectos que no dan lugar al pago de salarios y de contera a la compensación de los dineros que canceló por dicho concepto frente a las prestaciones sociales causadas y adeudadas.

Planteado como se encuentra el reproche, es menester recordar lo contemplado por la citada disposición:

"ARTICULO 140. SALARIO SIN PRESTACION DEL SERVICIO. *Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador."*

La Jurisprudencia ha aceptado sobre tal precepto que dos son los elementos esenciales para la procedencia de su contenido: i) la ausencia de prestación de servicios del trabajador por culpa o disposición del empleador y, (ii) la vigencia del contrato de trabajo. (rad. 38949 de 20 de octubre de 2010, SL10106-2014 y SL2041-2021)

Conforme a lo anterior y en aplicación del referente jurisprudencial, corresponde realizar el análisis a las pruebas allegadas legal y oportunamente al proceso, a fin de constatar si el demandante tiene derecho a recibir los salarios con posterioridad a diciembre de 2016. Al efecto, se aportó al plenario carta de terminación del contrato de trabajo por Adecco Colombia S.A., calendada abril 2017, misma que se le puso en conocimiento al trabajador que:

"Por medio de la presente le notificamos de la terminación de su contrato de trabajo por obra o labor contratada suscrito con nosotros el día 16 de Noviembre (SIC) de 2016. Lo anterior con fundamento en la condición contemplada en su contrato de trabajo que por la naturaleza del servicio prestado y frente a la información o cese de la necesidad del mismo por la empresa UBER COLOMBIA SAS quien así lo informó, se termina consecuentemente la obra o labor para la cual ha sido contratado.

Esta terminación se hace efectiva a la finalización de su jornada de trabajo del día 01 de Abril del 2017. El pago de la suma correspondiente a su liquidación y demás

acreencias laborales, le serán cancelados mediante transferencia electrónica a la cuenta bancaria previamente por usted autorizada."

Además, obra respuesta calendada del 7 de octubre de 2018 al derecho de petición elevado por el actor, en la que se puso de presente:

"Ahora bien, en misiva de fecha 25 de mayo de 2018 le informamos a su poderdante que los descuentos realizados en su liquidación se debieron a que el señor KEVIN JAVIER CHADID laboró hasta el día 30 de enero del año 2017 al servicio de nuestra empresa cliente, la cual no puso en conocimiento de Adecco esta decisión, lo que trajo consigo que su poderdante recibiera el pago de salario por dos meses sin haber prestado personalmente el servicio, por lo cual no tenía derecho al pago de estos salarios, por consiguiente, el día 01 de abril de 2017, posterior a la notificación de la empresa cliente de su desvinculación y teniendo en cuenta que no existió la prestación del servicio."

A propósito de la no prestación del servicio, es un hecho cierto que la codemandada Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S. confesó al dar respuesta al hecho 6° de la demanda, que el día 30 de enero de 2017, la señora Katherine Torres, supervisora del punto connecta y jefe inmediato del actor, le ordenó verbalmente que dejara las instalaciones y regresará a su casa, indicando que con posterioridad Adecco Colombia S.A. lo contactaría con el fin de darle nuevas instrucciones.

De los anteriores medios de convicción, la Sala infiere que la situación laboral del trabajador se mantuvo por disposición de Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S., al señalar al trabajador que regresará a su casa, a fin de recibir instrucciones por parte de la empresa de servicio temporal, lo que de contera imposibilitó que aquel prestará el servicio a partir del 30 de enero del 2017 y hasta el 1 de abril del 2017, fecha en la que Adecco Colombia S.A. comunicó la finalización de la relación laboral, por orden dada por la empresa usuaria, tal como se dejó sentado en la comunicación del desahucio.

Entonces, lo que se impone colegir es que, con ocasión de la conducta de Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S., empleador del actor, como se determinó en esta causa, el trabajador se vio afectado con la imposibilidad de desarrollar la actividad laboral por voluntad de aquella, a la espera de recibir nuevas directrices que nunca llegaron, sino hasta la comunicación que tuvo con el fin enterar la finalización del vínculo laboral, esto último al igual por decisión de la citada llamada a juicio. Además, no de otra forma entendería la Sala que durante dicho lapso percibiera sus ingresos mensuales, aproximadamente durante dos meses, es decir, del 1 de febrero al 30 de marzo de 2017, sin consecuencia alguna.

Lo que revela el caso bajo estudio es la confirmación de los salarios que recibió, cuya causación se da por expresa remisión a lo dispuesto en el artículo 140 del CST, esto es, el pago de los mismos sin prestación del servicio, pues estando vigente el contrato de trabajo, el servicio no se prestó por disposición del empleador. Así las cosas, es claro que los reproches no prosperan y, por ende, se confirmará la sentencia del Juzgado de primer grado, en cuanto confirmó la causación de la remuneración salario por los meses de febrero y marzo de 2017 y como consecuencia la condena sobre el pago de prestaciones sociales a favor del actor.

Indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST

Pretende las codemandadas sean exoneradas del pago de la indemnización derivada del no pago completo y oportuno de salarios y prestaciones sociales ordenada por el A quo, considerando que, no transgredió ni quebrantó disposiciones sobre el suministro de

personal en misión a través de la EST, además, porque pagó salarios sin prestación del servicio.

En relación con lo anterior, preciso es destacar 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 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 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 existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, pues contrario a lo que se considera, la simple afirmación de las demandadas de creer que actuó con apego a la ley no la exonera de tal sanción, en la medida, que de manera consciente y a pesar de contar con una necesidad permanente, requirió la contratación del actor a través de la EST, disfrazando la verdadera calidad de empleadora de Uber Colombia S.A.S., hoy Lieber Colombia S.A.S., que descarta toda posibilidad de colegir que haya actuado de buena fe y por el contrario, denota que su conducta no fue recta y leal con para con el trabajador, dada la contratación fraudulenta y extendida en el tiempo, esto último de cara al contrato de oferta comercial, el uso indebido del servicio temporal y el desbordamiento de los límites establecidos en la Ley 50 de 1990. De manera que le asiste razón a la sentenciadora de primer grado al considerar que había lugar a gravar su condena, toda vez, que esta Corporación evidencia que el deudor moroso no demostró que su obrar estuvo ceñido a la buena fe, a más porque sobre este tópico ningún medio de prueba allegó.

De tal suerte, conforme se ha reseñado en precedencia, considera esta Sala razón al sentenciador de primer grado, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de la conducta del empleador fue provista de buena fe, a más de que pretenden las enjuiciadas sacar provecho, bajo el argumento de que la no cancelación de prestaciones sociales se dio so pretexto de que el actor no prestó el servicio y recibió salarios, cuando es claro que tal aspecto es evidentemente desacertado, como ya se expuso ampliamente por la Sala.

De allí que no se observe ningún desacierto en la decisión que tomó, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar su decisoria.

Sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo

En lo atinente a la sanción moratoria por falta de depósito del auxilio de cesantía, aduce el recurrente que la misma está causada en tanto que existió mora en el pago del auxilio comprendido entre el 1 de enero al 1 de abril del 2017, dado que debió ser entregado al trabajador al finalizar la terminación del contrato de trabajo.

Visto lo anterior, la Sala de entrada advierte desatinada la interpretación que se hace a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues no está previsto tal situación en la disposición en comento, además, porque es notorio que confunde la sanción con la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, mismas que contienen notables diferencias. En ese sentido la aducida preceptiva establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

Es decir, que la aludida sanción se causa por no haber consignado la parte demandada las cesantías causadas en vigencia de la relación en un fondo creado para tal fin y a más tardar el 14 de febrero del año siguiente al que se causaron, lo cual, es precisamente lo que refiere la disposición, en razón a que:

"El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo."

Significa lo anterior, que su causación depende directamente de las cesantías que se hayan causado en vigencia de la relación laboral y que deban ser liquidadas con límite temporal al 31 de diciembre, que para el caso en concreto las causadas entre el 16 de noviembre hasta al 31 de diciembre del 2016, que debían ser consignadas a más tardar el 14 de febrero del año siguiente, ya que a partir del 15 de febrero del 2017 iniciaba a contabilizar la moratoria en caso de no haber sido consignadas al fondo de cesantías, aspecto que no se demostró así.

De modo que las causadas entre el 1 de enero al 1 de abril del 2017, si debían ser entregadas directamente al trabajador como consecuencia de la finalización de la relación laboral, por lo que, si tal situación no acontece, contrario a lo aducido por la censura, no corre la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sino, se impone la indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST, como se expuso con anterioridad.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente el alcance equivocado que la parte demandante le da a la norma en comento, además, por cuanto lo señalado por tal disposición, ya ha sido objeto de estudio por la Sala de Casación Laboral del CSJ, entre otras, en sentencia SL417-2021. De allí que no se observe ningún yerro en la decisión que tomó el a quo, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar la decisoria de la Juez primigenia.

Costas

Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

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 julio del 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

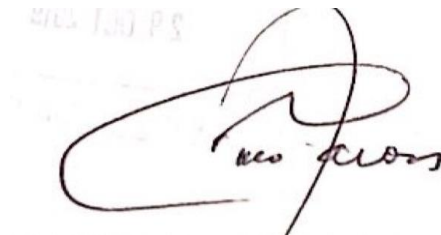
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: JENNY YURANI CEPEDA SASTOQUE
Demandada: COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.
Radicado No.: 36-2017-00621-01
Tema: BENEFICIOS EXTRALEGALES- APELACIÓN DEMANDANTE– CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. Jenny Yurani Cepeda Sastoque instauró demanda ordinaria contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral desde el 13 de marzo 2012 al 16 de septiembre de 2015 (SIC), de forma ininterrumpida y a término indefinido, en tanto que la cláusula contractual que estipulaba el término del contrato es ineficaz; además, que le es aplicable la convención colectiva de trabajo suscrita entre la demandada y Sintravalores. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de primas semestrales extralegales, prima de vacaciones, reliquidación de cesantía teniendo en cuenta los factores salariales establecidos en la convención que no le fueron pagados, indemnización legal y extralegal por despido sin justa causa, indemnización moratoria, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que prestó sus servicios como trabajadora de la sociedad Thomas Greg & Sons Transportadora de Valores S.A., sociedad que cambió su nombre por el de Thomas Prosegur S.A. y posteriormente al de Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. Refirió que fue contratada para prestar sus servicios a la demandada mediante un tercero llamado Serdempo S.A.S., desde el 13 de marzo del 2012 al 11 de marzo del 2013, compañías que comparten similitud en el objeto social, puesto que se dedican al servicio de vigilancia fija y móvil, escolta de valores, de asesoría y consultoría en el área de seguridad, además, de compartir similitud de los propietarios.

Señaló que luego fue contratada directamente para seguir prestando sus servicios a la enjuiciada desde el 12 de marzo del año 2013 al 16 de septiembre del 2015, fecha en la

que da por terminado su contrato de trabajo. Explicó que desde el 13 de marzo de 2012 se desempeñó en el cargo de Celador, para la encartada, misma que dotó de uniformes, carné y armas, prestando sus servicios en sus instalaciones locales y pagando seguridad social. Además, sostuvo que la capacitó, supervisó, impuso horario y le dio órdenes para el cumplimiento de todas sus labores.

Agregó que dentro de la Compañía demandada existe el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. "SINTRAVALORES", quienes firmaron y está vigente una convención colectiva de trabajo que aplica, sin distinción, a todos los trabajadores, tal como lo dispone el artículo 3 y 5 de la misma. Así, afirmó que para el momento del despido se encontraba vinculada a la demandada, mediante un contrato de trabajo a término indefinido por disposición de la norma extralegal, razón por la cual se le adeudan beneficios convencionales. (Expediente digital, PDF 01. Expediente Digitalizado 2017-00621, págs. 227 a 248).

2. Contestación de la demanda.

2.1. Serdempo S.A.S. Se vinculó como litisconsorte necesario por pasiva en auto calendado 30 de abril de 2018, presentó escrito de intervención oponiéndose a la totalidad de pretensiones formuladas, argumentando que la actora estuvo vinculada laboralmente, mediante distintos contratos de trabajo a término fijo, independientes entre sí y con solución de continuidad, así:

- Del 13 de marzo al 6 de julio de 2012.
- Del 13 de julio al 9 de noviembre de 2012.
- Del 15 de noviembre de 2012 al 9 de marzo del 2013.

Aclaró que ejerció todos los actos propios de su condición de empleador, dentro de los cuales se destacan la entrega de dotación, pago de aportes a seguridad social, las comunicaciones de no prorrogas, entre otros. Indicó que, si la actora pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo con Prosegur S.A., en virtud de la cláusula 5 de la convención colectiva de trabajo, la misma no es aplicable, en la medida que ninguno de los contratos suscritos no superó el término de 4 meses. Propuso como excepciones de fondo las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, falta de título y causa, prescripción, compensación y buena fe. (Expediente digital, PDF 01. Expediente Digitalizado 2017-00621, págs. 310 a 323).

2.2. Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que la actora estuvo vinculada desde el 12 de marzo de 2013 al 16 de septiembre de 2015 (SIC), fecha en la que dio por terminado su contrato sin justa causa, habiendo cancelado el valor de indemnización a la que hubo lugar.

Refirió que la actora no acredita su afiliación a la organización sindical, pues de acuerdo con los documentos que se allegan, aquella manifestó su decisión de adherirse al pacto colectivo vigente para ese momento en la Compañía. Además, advirtió que al ser Sintravalores un sindicato minoritario y al existir otras organizaciones sindicales, tales como UNTEDEV, SINTRANSVASEG y SINTRAPROSEGUR, la aplicación de la convención colectiva únicamente se da respecto de sus afiliados, condición que la demandante no cumplió.

Sostuvo que la aplicación del artículo 3 y 5 convencional se limita a los trabajadores que desarrollen actividades propias de la empresa, esto es, el transporte de valores, condición o actividad que la demandante jamás desarrolló. Propuso como excepciones previas las

de transacción y cláusula compromisoria y, de fondo las que denominó inaplicabilidad de la convención colectiva suscrita entre Prosegur de Colombia y Sintravalores, buena fe, prescripción y compensación. (Expediente digital, PDF 01. Expediente Digitalizado 2017-00621, págs. 337 a 364).

3. Trámite procesal. En providencia del 9 de marzo del 2020 se declaró probada parcialmente la excepción de cosa juzgada, en lo que hace el tiempo de servicios prestado por la actora con anterioridad al 12 de marzo del 2013, lo que conlleva a su vez que se terminara el proceso frente a Serdempo S.A.S.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de octubre del 2020, en la que la falladora declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo que transcurrió del 12 de marzo de 2013 al 16 de septiembre de 2015 y absolvió a la convocada a juicio de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, gravando en costas a la actora.

Para arribar a tal determinación, indicó que no se existía controversia respecto a la existencia del vínculo laboral, mediando discusión respecto del periodo de la vinculación y la modalidad contractual del mismo. Con el propósito de dirimir tal aspecto, recordó que en providencia del 9 de marzo de 2020 se declaró la validez del acto transaccional, frente a lo cual, entonces, citó el artículo 2469 del Código Civil y 15 del C.P.T. y de la S.S., para significar que como quiera que con anterioridad a la radicación de la demanda las partes suscribieron el citado acuerdo, se debía a tener a su contenido, mismo en el que indicaba que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 12 de marzo de 2013 al 16 de septiembre de 2015.

Respecto de la ineficacia de la modalidad contractual que pactaron las partes, conforme a la cláusula 5ª de la convención colectiva de trabajo, dijo que la misma fue allegada en debida forma, en términos del artículo 469 del CST. En tal virtud, y de cara a la norma extralegal advirtió que durante la vigencia del vínculo laboral la actora no se afilió a la organización sindical, tampoco acreditó que el sindicato fuera mayoritario y, por ende, se atenía a lo dispuesto en el artículo tercero del texto convencional.

De tal forma, señaló que todos los trabajadores se consideran beneficiarios de la convención colectiva suscrita, sin embargo, pese a lo anterior, aludió a que la encartada puso de presente que la hoy accionante mediante comunicación del 12 de marzo de 2013, señaló de manera expresa que se adhería al pacto colectivo vigente al 3 de diciembre del año 2010, razón por la cual, aunque era beneficiaria de la convención colectiva, por esta manifestación y ante la incompatibilidad de beneficiarse de más de un acuerdo no resultaba aplicable en el caso en concreto el texto extralegal.

Dijo que, pese a que no obraba dentro del expediente copia del pacto colectivo, tal aspecto no conllevaba a que fuese beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, dada a su manifestación de voluntad de adherirse al primero de los textos. Al respecto, citó el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, SL4865-2017, SL856-2013 y SL50795 de 2012 y en virtud de ello, sostuvo que la demandante no puede ser beneficiaria tanto del pacto como de la convención colectiva de trabajo de manera simultánea, razón por la cual no podía entrar a mirar sus cláusulas soporte de las pretensiones.

De otro lado, afirmó que como quiera que la convención colectiva de trabajo 2015-2019 no se encontraba vigente a la fecha de finalización del contrato de trabajo de la aquí actora, tampoco podría emitir pronunciamiento alguno respecto de su contenido. (Expediente digital, audio 05. Audiencia Ordinario 07.10.2020 2017-00621).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** formuló recurso de apelación preguntando a que a cuál pacto colectivo se afilió en tanto que ninguna probanza sobre tal disposición se allegó, ni existe para la época en que la demandada afirma se halló vigente. Refirió que no obra en el plenario prueba de que se le haya pagado algún beneficio del pacto colectivo, de manera que incurrió el A quo en un "*yerro garrafal*". Además, indicó que existe en el plenario convención colectiva de trabajo, la cual contiene la cláusula quinta que señala que, si tiene un contrato de trabajo a término indefinido, dada su calidad de trabajadora de Prosegur.

Agregó que esa diferencia probatoria, es decir, que se le exija a la trabajadora arrimar la norma extralegal con los requisitos legales para ser valorada y al empleador no, desconoce abiertamente el derecho fundamental a la igualdad. De manera que expuso que el empleador debía allegar el pacto colectivo y demostrar que la trabajadora se benefició del mismo, razón por la que considera que al no existir dicha disposición en el proceso y por el contrario estando la convención colectiva de trabajo, debió aplicarse aquella y haberse proferido a su favor el pago de la sanción moratoria por no haber pagado los salarios y prestaciones sociales que se le adeudan e indemnización por despido sin justa causa.

Advirtió que existe violación a lo dispuesto en el artículo 43 del CST, en tanto que se dejó de aplicar una convención colectiva de trabajo, de cara al contrato de trabajo, máxime cuando la modalidad contractual no se fija por el escrito que presentó la trabajadora donde hizo alusión a que el vínculo laboral se ceñía a término fijo, sino por la voluntad de las partes cuando se suscribe el contrato de trabajo. Dijo que, si bien se firmó un contrato por escrito, la modalidad fue superada por el acuerdo convencional, por tanto, es claro que existe ineficacia de las estipulaciones de aquel, dado que se desmejoró a la trabajadora. (Expediente digital, audio 05. Audiencia Ordinario 07.10.2020 2017-00621).

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿La demandante es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo y, por tanto, debe declararse que la duración del contrato de trabajo suscrito entre las partes fue a término indefinido, además, que tiene derecho al pago de los beneficios extralegales derivada del texto extralegal?

Relación laboral, extremos temporales y salario

Previo a resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, extremos temporales, ni el salario devengado por la actora, tampoco su terminación unilateral y sin justa causa por parte del empleador. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no fueron motivo de apelación, además, son aceptadas en la contestación de la demanda y corroboradas con el contrato de trabajo, la transacción

suscrita por las partes, carta de terminación del vínculo laboral y liquidación de prestaciones sociales. (Expediente digital, PDF 01. Expediente Digitalizado 2017-00621, págs. 365 a 367, 369)

Convención Colectiva de Trabajo

La trabajadora recurrente, cuestiona a la cognoscente de primer grado no haber advertido que la demandada no allegó el pacto colectivo de trabajo al que hace referencia en el escrito de contestación de demanda, con las características propias del artículo 469 del CST, ello con el fin de establecer los beneficios que presuntamente recibió derivados de tal texto extralegal, de manera que ante tal falencia probatoria, debió descartar la comunicación que dirigió la demandante el 12 de marzo del 2013 ante su empleador, donde dijo que se adhería a tal pacto colectivo y aplicar para resolver el asunto, la convención colectiva de trabajo que la empleadora suscribió con la agremiación sindical Sintravalores, entre otras razones, porque esta última señala en su cláusula tercera que es aplicable a todos los trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., sin condición alguna.

En efecto, la Juzgadora de primera en la adopción de su decisión de instancia, en el tema que se examina, limitó su análisis a precisar que de cara a la cláusula tercera de la convención colectiva de trabajo 2015-2019, la trabajadora es beneficiaria de la misma, no obstante, ante la comunicación que remitió a su empleador, tuvo la voluntad de adherirse al pacto colectivo, descartando de plano los beneficios de la convención colectiva, sin que sea posible que aquella pudiese beneficiarse coetáneamente de ambas normas extralegales.

Antes de adentrarnos al objeto de la Litis, resulta pertinente resaltar la naturaleza del conflicto colectivo del trabajo, las convenciones colectivas de trabajo y su fuerza normativa. Así, la Constitución y la ley promueven la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores como un instrumento para la concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo y empleo y, la reivindicación de los derechos de los trabajadores, razón por la cual la negociación colectiva es uno de los ejes centrales de la libertad sindical junto con el de asociación y huelga. (art. 55 CP; Convenio 154 OIT y 432 a 436 CST).

En este sentido, al presuponer la esfera de la negociación colectiva una contraposición de intereses al interior de las relaciones del trabajo, nuestro ordenamiento jurídico se ha ocupado de regular de manera expresa y detallada el trámite que deben cumplir los actores del conflicto laboral con el propósito de lograr su solución. En efecto, el Código Sustantivo Laboral establece el agotamiento de la etapa de arreglo directo (art. 432 a 436), lo concerniente a la eventual declaratoria y desarrollo de la huelga (art. 444 a 449), el procedimiento de arbitraje (art. 452 a 461) y la suscripción de la convención o pacto colectivo (título III, capítulos I y II).

En este último punto, sobre la suscripción de la convención colectiva del trabajo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que constituye verdadero derecho objetivo, dado que en él se incorpora la voluntad de las partes con el fin de regular la relación entre el trabajador y empleador y, fijar las condiciones durante su vigencia. Sobre este aspecto, en sentencia SL16811-2017 se indicó:

"La fuerza normativa que acompaña a las convenciones colectivas de trabajo se desprende del artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo, conforme al cual estos acuerdos se suscriben entre una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias agremiaciones de trabajadores, por la otra, «para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia». De igual

modo, encuentra asidero en el derecho fundamental a la negociación colectiva (art. 55 CP, Convenios 98, 151 y 154 OIT) y en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual los individuos y colectivos poseen la capacidad, en uso de su razón, de imponerse normas que regulen sus relaciones sociales.

A través de la convención colectiva, entonces, los empleadores y asociaciones de trabajadores tiene la posibilidad de dictar para sí, normas sobre trabajo. En ese instrumento, se prevén, en consecuencia, las condiciones que habrán de regular las relaciones de trabajo y empleo, las obligaciones y derechos de los sujetos colectivos, así como otros aspectos que las partes decidan acordar libremente.

Al ser, pues, el contrato colectivo un acto regla, producto de la autonomía y la voluntad, mediante el cual sus suscriptores dictan lo que será la ley de la empresa, sus disposiciones constituyen verdadero derecho objetivo, que se proyecta e incorpora a los contratos individuales de trabajo para regular temas como el salario, la jornada, las prestaciones sociales, las vacaciones, etc., como también para erigir reglas en materia de empleo y gobierno de relaciones empresa y organizaciones de trabajadores.”

Ahora, debe decirse por la Sala que en el marco de la libertad sindical los trabajadores pueden afiliarse de manera libre y voluntaria a cualquier sindicato que estimen conveniente, así como pertenecer a varias organizaciones sindicales, de conformidad con el artículo 39 de la CP, así como de los artículos 353, 356 y 358 del CST, en armonía con las sentencias de constitucionalidad CC C- 797 de 2000 y CC C-567 de 2000, que declaró la inexequibilidad de la normativa que prohibía a un trabajador pertenecer a varios sindicatos.

En desarrollo de dicha potestad, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en virtud del precedente constitucional, ha adoctrinado que dentro de la libertad sindical si bien se faculta que un trabajador pueda ser miembro de manera simultánea de varios sindicatos de la misma clase o actividad, no obstante, también advirtió que ello no trae de suyo que pueda beneficiarse al mismo tiempo de las convenciones colectivas de trabajo que se suscriban entre empleadores y agremiaciones sindicales, o escoger del contenido de cada uno, las normas que más le favorezcan.

En efecto, la citada Corporación expresó en sentencia del 29 abr. 2008, rad. 33988, reiterada en diversos pronunciamientos, tales como SL 9390-2017, SL10468-2016, SL9008-2016, SL9347-2016, SL8896-2015, SL247-2018, SL415-2021, SL919-2021, entre otras, la siguiente regla jurisprudencial:

(...) aun cuando es viable jurídicamente que un trabajador pueda ser parte de varios sindicatos, en caso de que existan diversas convenciones colectivas suscritas por las organizaciones que integra, y de las cuales un mismo trabajador sea beneficiario de todas ellas, ello no significa que pueda aprovecharse simultáneamente de cada una, pues la libertad sindical debe entenderse para tales efectos, como que el asalariado debe escoger entre los distintos convenios aquel que mejor le convenga a sus intereses económicos, ello con el fin de evitar que el trabajador reciba duplicidad o más beneficios convencionales.

Así las cosas, en lo que tiene que ver con el marco de aplicación de la convención colectiva de trabajo que regulan los artículos 470 y 471 del C. S. del T. (subrogados por los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965), los cuales guardan relación con el número de afiliados que tenga una organización sindical, pueden desprenderse varias hipótesis:

1. Cuando los afiliados a un sindicato no excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, sabido es que la convención colectiva que se expide

solamente es aplicable a los miembros de la asociación sindical que la suscribió, pudiendo ser beneficiarios de la misma los trabajadores que se adhieran a sus disposiciones o los que ingresen posteriormente al sindicato. Frente a esta eventualidad, en el caso de la suscripción de convenciones colectivas por sindicatos minoritarios, los no afiliados a una organización sindical que hubiera suscrito una convención colectiva, pueden ampararse por ella bien por adhesión a su contenido o ya porque se afilien a dicha organización.

2. Cuando los afiliados a un sindicato exceden de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, es definido que la convención colectiva de trabajo se extiende a todos los trabajadores de la empresa sean o no sindicalizados.

*Pero en los casos anteriores, debe reiterar la Corte que los trabajadores no pueden recibir duplicidad o multiplicidad de beneficios, sino sólo aquellos de la convención que libremente escojan y que mejor les convenga a sus intereses económicos, pues la amplitud que hoy les ofrece la legislación positiva no puede convertirse en una carga excesiva para los empleadores, destacando que de acuerdo al artículo 1º del C. S. del T., la finalidad del estatuto sustantivo laboral es el de lograr **"la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social"**, principio que se vería afectado y vulnerado si se permitiese la aplicación de todos los convenios colectivos de trabajo en su integridad a un trabajador que es afiliado a las varias organizaciones sindicales que suscribieron tales acuerdos.*

Esbozados como se encuentran los lineamientos normativos y jurisprudenciales aplicables al caso, para efectos de evaluar lo atinente a la discusión que plantean las partes, lo primero que observa la Sala es que la existencia de la convención colectiva de trabajo vigente 2015-2019, suscrita entre Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. y Sintravalores, se incorporó al proceso con la respectiva nota de depósito ante el Ministerio de Trabajo, de conformidad con el artículo 469 del CST, lo que permite de entrada su valoración.

Así, al remitirse la Sala a dicho documento, encuentra que, en efecto, en su cláusula tercera se dispuso que la misma "se aplicará a todo el personal de la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, dentro del territorio nacional donde ésta compañía preste sus servicios, sin desconocer en ningún momento las disposiciones legales pertinentes distintas a esta convención que sea más favorables a sus trabajadores"; no obstante, también se estableció que se aplicaría exclusivamente al personal que en la actualidad se encuentre vinculado mediante contrato de trabajo y a aquellas personas que se vinculen en el futuro, esto es, desde el 20 de octubre de 2015 hasta 19 de octubre de 2019.

De cara a dicho referente normativo, un primer aspecto que sale a relucir, es que al no discutirse que la demandante estuvo vinculada a la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. entre el 12 de marzo de 2013 al 16 de septiembre de 2015, en el tema específico sobre el que se discierne, la convención colectiva de trabajo a la que se hizo atrás alusión no puede aplicarse a la actora, pues ésta sólo beneficia a los trabajadores, cuyo vínculo laboral se encuentre vigente a partir del 20 de octubre de 2015, condición que no cumple la señora Cepeda Sastoque, ya que para dicha data ya había finiquitado la relación laboral existente entre las partes.

Bajo ese contexto, es equivocado pretender la aplicación del citado texto extralegal, cuando ni siquiera se encontraba vigente el contrato de trabajo de la actora con la llamada juicio para la fecha en que iniciaron los beneficios convencionales, por manera carece de sentido para la Sala entrar a estudiar el contenido de la convención colectiva de trabajo 2015-2019, pues es claro que sólo produce efectos jurídicos entre las partes mientras la relación laboral se encuentre vigente, aspecto, que como se anotó, no ocurre en el sub

judice, ya que para la fecha en que entró en vigencia ya no existía el vínculo laboral, de allí que sea claro el desatino de la juzgadora de primer grado al emprender dicho análisis.

Ahora bien, la demandante allegó junto con el libelo introductorio la convención colectiva de trabajo 2008-2009, suscrita entre las partes 12 de diciembre de 2007, misma que cuenta con sello del Ministerio de Trabajo, donde se hace constar que fue depositada el 13 del mismo mes y año, cuya vigencia se situó entre el 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2009. En la citada disposición se dejó sentado por las partes suscribientes, precisamente en el artículo 3°, que aquella aplicaría a todo el personal de Thomas Prosegur S.A., hoy Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., dentro del territorio nacional donde preste sus servicios. Referente normativo que se encuentra en vigor, dado que no aparece acreditado que haya sido derogada por algún acuerdo colectivo posterior.

Tal texto extralegal en principio es aplicable a la trabajadora, pues debe advertirse por la Sala que, de cara a su cláusula 3° aquella se hizo extensiva de manera automática comoquiera que quienes la suscribieron señalaron expresamente que sin condición alguna fuese aplicable a todos los trabajadores al servicio de la accionada. Por ende, aun cuando en efecto no obró afiliación de la actora al sindicato y según lo dispone el artículo 470 del CST, las convenciones colectivas de trabajo solo aplican a trabajadores sindicalizados, no puede olvidarse que por excepción, en los términos del artículo 471 del CST, se hace extensiva a los no sindicalizados, siempre y cuando la organización sindical esté conformada por lo menos por la tercera parte de los trabajadores de la empresa o cuando los beneficios consagrados se hubiesen extendido expresamente a todos los trabajadores por voluntad de las partes suscriptoras, último aspecto, que como se dijo ocurrió.

No obstante, pese a que se hace extensivo a la trabajadora la convención colectiva de trabajo 2008-2009, por decisión de las partes involucradas en la negociación colectiva, la actora no puede ser acreedora de los beneficios allí contenidos, toda vez que durante la vinculación laboral aquella accedió a los agasajos del pacto colectivo y renunció a los primeros, tal como lo acredita la comunicación adiada 12 de marzo del 2013 y comprobantes de nómina que fueron allegadas al cartapacio.

Así las cosas, aun cuando la sentenciadora de primer grado erró al entrar a verificar la convención colectiva de trabajo con vigencia 2015-2019, no incurrió en un yerro al aducir, que conforme la anterior regla jurisprudencial que se esbozó, resultaba forzoso abstenerse de verificar los derechos de contenido patrimonial que se esgrimieron en la convención colectiva de trabajo, en la medida que la promotora del proceso se acogió a los beneficios del pacto colectivo de trabajo, intelección que no se puede enervar por el hecho de que la enjuiciada no allegara al diligenciamiento la citada norma extralegal, pues de cara a la comunicación que dirigió la trabajadora a su empleadora, está expuso sin lugar a dubitaciones que:

Bogotá, 12 marzo/2013.

Señores:
Prosegur de Colombia
Ciudad.

"Yo Jenny Yurani Cepeda, con cci 52'955.200 Bta. me permito manifestarle que me adhiero al pacto colectivo, vigente en la empresa Prosegur de Colombia suscrito el 03 de diciembre de 2008, por toda su vigencia, y manifiesto también expresamente que en mi condición de trabajador vinculado con contrato a término fijo, entiendo y estoy de acuerdo, a que se me de aplicación al Capítulo especial, en cuanto a prestaciones, salarios y otras condiciones laborales".

de la Bta
Jenny Yurani Cepeda Sastoque

Jenny Yurani Cepeda Sastoque
cci 52'955.200 Bta.

Medio de convicción que no sobra precisar en ningún momento fue tachado o desconocido por la parte actora, en tanto que no se formuló sobre aquél tacha de falsedad ideológica o material en la etapa procesal correspondiente, como tampoco se cumplió con la carga de contraprobar lo allí señalado conforme al artículo 167 del CGP, en armonía con los dispuesto en los artículos 60 y 61 del CPT y SS, de manera que no hay ninguna razón para restarle validez.

Conforme a lo anterior y adentrándonos a los argumentos esbozados por la censura, la Sala advierte que no tiene razón la recurrente, cuando acusa que se violenta el principio de igualdad al no exigirle a la encartada que arribará el pacto colectivo de trabajo, con las condiciones de aplicabilidad señaladas en el artículo 469 del CST, dado que no se está ante dos supuestos de hecho idénticos que merezcan el mismo tratamiento jurídico, pues la razón por la que la demandada menciona el pacto colectivo de trabajo, lo fue en atención a la misma comunicación que suscribió la trabajadora que específicamente expresaba la adherencia a tal texto normativo. Documento que lleva a colegir, que la actora partió de su existencia, lo que es indicativo de que en realidad se abstuvo de acogerse a los beneficios de la convención colectiva de trabajo.

De hecho, es intrascendente verificar si la actora recibió o no los derechos del pacto colectivo, cuando quiera que aquello no quedó zanjado dentro de la litis, ni siquiera se expuso en el libelo demandatorio. Y aun en gracia de discusión, si se admitiera por la Sala la omisión de la A quo en elucidar que aquel pacto no fue allegado al instructivo, de manera que no podía verificarse cuales beneficios recibió la demandante, tal reproche se pierde de vista, de cara a los comprobantes de nómina allegados, que dejan en evidencia que la actora recibió beneficios extralegales, pues no de otra forma se explica que hubiere recibido auxilio de transporte extralegal, auxilio de movilidad, auxilio de vacaciones, prima extralegal, entre otros emolumentos.

Probanzas que, por el contrario, conducen a esta Colegiatura a concluir que la actora pretende beneficiarse coetáneamente del contexto de pluralidad de normas extralegales existentes en la empresa demandada, en contravía de las disposiciones legales y criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se ha mantenido desde antaño. Lo anterior, además, pone de relieve lo desacertado de la apelación, en cuanto se pretende beneficios extralegales, sin fundamento alguno, de ahí que se siga mantener incólume la sentencia de primer grado, a más porque los pedimentos, entre los cuales, se encuentra la modificación en la duración o modalidad del contrato, están soportados en la convención colectiva de trabajo que ahora se descarta por este Tribunal.

Costas. Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado.

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 7 de octubre del 2020, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

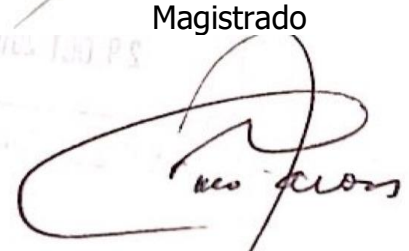
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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 GUILLERMO ESPINOSA SÁNCHEZ
Demandada: COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRANSPORTADORES
OMEGA LTDA
Radicado No.: 01-2017-00996-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA –
REVOCA PARCIALMENTE.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se **TIENE POR PRESENTADA LA RENUNCIA** por el Dr. ARMANDO SOLANO GARZÓN, de conformidad con el artículo 76 del C.G.P.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. José Guillermo Espinosa Sánchez instauró demanda ordinaria contra Cooperativa Multiactiva de Transportadores Omega LTDA, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido desde el 1 de marzo del 2010 al 14 de septiembre de 2015. En consecuencia, se disponga a su favor el pago de salarios insolutos, trabajo suplementario, reliquidación de prestaciones sociales, indemnización por "*discapacidad laboral que le fue dictaminada en el examen médico de egreso*", aportes al sistema de seguridad social, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró contrato laboral a término indefinido con la sociedad demandada, para desempeñar actividades de conductor del vehículo furgón, cargue y descargue de mercancía que transportaba a nivel nacional. Expuso que el último salario que devengó correspondió a la suma de \$943.872, laborando dominicales y festivos, sin que le otorgara el empleador el disfrute de los días compensatorios, además, que laboró 4 horas extras diurnas diarias. Afirmó que el empleador no tuvo en cuenta el valor real del salario base para liquidar las prestaciones sociales, aunado a que, de acuerdo con el examen médico de regreso, se

emitió diagnóstico de oídos derecho e izquierdo: descenso auditivo moderado a severo, 2h2 y frecuencias agudas, y pese a ello fue despedido sin justa causa. (fols. 35 a 40).

2. Contestación de la demanda. Al dar respuesta se opuso a la prosperidad de las pretensiones del escrito genitor, aduciendo que le fueron canceladas la totalidad de acreencias laborales a que tenía derecho, incluidos los compensatorios. Dijo que no existió autorización de labor en horario nocturno, además, tampoco laboró horas extras y no existe ninguna discapacidad del trabajador que debe ser indemnizada. Sostuvo que el contrato fue terminado con justa causa. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó pago total de las obligaciones laborales, pago y consignación oportuna de la demandada correspondiente al valor de pensiones y cesantías a favor del trabajador durante cada uno de los años en que prestó sus servicios, terminación contrato con justa causa, prescripción, buena fe y genérica. (fols. 58 a 65 y 145 a 150).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de diciembre del 2020, en la que el fallador declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, con fecha de inicio 1 de marzo de 2010 y de finalización 14 de septiembre de 2015. En consecuencia, condenó a la encartada a pagar sumas por concepto de trabajo suplementario o de horas extras, reliquidación de prestaciones sociales, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, aportes en pensión dejados de pagar y costas procesales.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso verificar si había lugar al pago de compensatorios por trabajos dominicales y festivos y horas extras, reliquidación de prestaciones sociales con base en lo que realmente percibía el actor, así como a las indemnizaciones solicitadas. Con tal propósito, en primer lugar, aludió a que la demandada aceptó la relación laboral, sus extremos temporales, cargo, salario y modalidad contractual. Citó los medios probatorios allegados al proceso y de entrada advirtió que los descansos dominicales y festivos fueron cancelados por el empleador demandado, de manera que debía despachar desfavorablemente la pretensión.

En lo que hace a las horas extras y recargos nocturnos hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 165 del CST y al precedente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para significar que, de acuerdo con lo manifestado por el testimonio, así como en los interrogatorios de parte del actor y demandado, daban cuenta que el demandante conducía el vehículo furgón que sobrepasaba las 16 horas de trabajo, razón por la cual debía condenar a tales emolumentos.

Frente a la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST indicó que no se vislumbra el pago oportuno de lo que correspondía al aquí demandante y sin que en el presente asunto aparecen demostradas circunstancias que desvirtúen la presunción de mala fe que pesa sobre la encartada. (Cd a fol. 158)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación de la demandante. Formuló recurso de apelación argumentando que el A quo en forma errada confundió los valores que cancelaron en la casilla que obra en los comprobantes de pago de nómina aportados por las partes, en la cual se establecen los valores por dominicales y festivos. Dijo que en los citados comprobantes no se podía establecer el pago puntual y preciso con relación a los descansos compensatorios por los dominicales que fueron cancelados precisamente por la demandada. Refirió que el representante legal de la demandada confesó que era

cierto que nunca fueron cancelados los descansos compensatorios al actor por el trabajo habitual en dominicales y festivos. Aludió que no se arrió documento o prueba alguna que tendiente a derruir que el actor no laboró los dominicales y festivos como obra en los comprobantes de pago de nómina. (Cd a fol. 158).

4.2. Recurso de apelación de la demandada. En su alzada expuso que sobre la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que aquella no procede de manera automática ante la simple constatación de la existencia de una deuda por concepto de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo; sino que debe verificarse la conducta del empleador con el fin de establecer si las razones aducidas demuestran buena o mala fe.

En tal sentido adujo que la sociedad enjuiciada actuó de buena fe, en tanto que año por año canceló todas las acreencias laborales, además, pagó en su momento las cesantías y sus intereses correspondientes. Además, indicó que nunca negó al trabajador obtener algún beneficio, lo que permitía concluir que su conducta se encuentra revestida de buena fe, entendiéndose con ello que pagó lo que consideraría debía el demandante. De otro lado, expuso que el actor no acreditó que hubiese trabajado largas jornadas y que fue base para la reliquidación de las acreencias laborales. (Cd a fol. 158)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. Alegó en su favor que prestó sus servicios personales mediante contrato de trabajo a término indefinido y en desarrollo del contrato y sus funciones, debía desplazarse por carretera con el vehículo para cumplir rutas de forma intermunicipal, a través de viajes de larga duración, esto es hasta 16 horas continuas. Indicó que debía cumplir horarios tanto de salida como de llegada a las diferentes ciudades y agencias de la Empresa, de acuerdo con el rodamiento. Informó que se acreditó plenamente, que el actor laboró en forma habitual en dominicales y festivos y como tal no fueron otorgados en tiempo ni cancelados en dinero los respectivos compensatorios.

5.2. Parte demandada. Refirió en su escrito que tal como lo ha dicho reiteradamente la Jurisprudencia laboral, las sanciones moratorias de los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990 no proceden indefectiblemente ante la simple constatación de la existencia de deudas por salarios y prestaciones sociales a favor del trabajador a la terminación del contrato de trabajo, o por la falta de consignación de las cesantías en el fondo correspondiente, sino que es necesario analizar la conducta del empleador con el fin de establecer si las razones aducidas demuestran que la conducta estuvo revestida de buena fe, evento en el cual se debe exonerar al patrono del pago de la referida indemnización. Así, indicó que año por año le pagó todas las acreencias laborales y el trabajador nunca reclamó, lo que quiere decir que en momento alguno se las negó para obtener un beneficio propio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿El actor es acreedor al reconocimiento económico del trabajo suplementario, dominical y festivo y, por lo tanto, hay lugar también al pago de indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del CST?

Contrato de trabajo, salario y sus extremos

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, cargo y salario devengado por el actor. Además, debe precisarse que dichas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de la demanda, sino, además, corroboradas con el contrato de trabajo (fols. 94 y 95), comunicación de terminación del contrato de trabajo (fol. 83), liquidación de prestaciones sociales (fol. 81) y certificación laboral (fol. 12).

Trabajo suplementario

Sentado lo anterior, recuerda esta Sala que el señor José Guillermo Espinosa Sánchez pretende que la encartada le reconozca el trabajo suplementario, dominical y festivo que aduce ejecutó y, en tal virtud, se condene al pago de la reliquidación de prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social y a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, dada la citada incidencia salarial. Petición a la que se opone enfáticamente la accionada, significando que el demandante no laboró en jornada suplementaria y que los dominicales y festivos laborados durante el período que duró la relación laboral fueron efectivamente cancelados, además, que las situaciones fácticas expuestas por el promotor del litigio, no se encuentran demostradas, en tanto que aquel no allegó elemento de convicción tendiente a demostrar lo que considera como trabajo suplementario en el libelo incoatorio.

Perfilado así el debate que llama la atención de la Sala, es del caso precisar que en tratándose de trabajo suplementario cual sea la denominación que se le atribuya, impone al actor probar con claridad y precisión el número de horas extras servidas, toda vez que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., quien alega la existencia de una obligación debe probarla, no siendo suficiente afirmar simplemente que se laboró en tiempo extra, diurno o nocturno, sino que imperativo resulta demostrar la obligación, toda vez que afirmar no es probar.

En esa medida, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto por el artículo 161 del C.S.T., todo trabajador, sólo está obligado a cumplir una jornada máxima ordinaria de ocho horas al día y cuarenta y ocho a la semana, lo que implica que, si aquél invoca haber trabajado tiempo extra o suplementario, le corresponde demostrar que lo trabajó. En su demostración impone acreditar con exactitud su número, pues al operador jurídico no le es dable deducir una cantidad aproximada de horas o días trabajados, haciendo para ello cálculos o conjeturas, es decir, la prueba debe ser de una exactitud verificable.

Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde vieja data ha sido pacífica y reiterativa en señalar que cuando se pretende recargo por trabajo nocturno y trabajos en días dominicales y festivos y horas extras y en general el trabajo suplementario, la prueba de ello, debe ser diáfana, precisa y clara; en otras palabras, cuando el trabajador afirma que laboró estos conceptos en días y horas de descanso obligatorio y pretende su reconocimiento y pago debe probar que

efectivamente lo ha trabajado.¹ (*Sentencias de mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 16/50, mar. 15/52, dic. 18/53*)

Bajo ese contexto, la Sala de entrada advierte que la prueba aportada al plenario a fin de acreditar el trabajo en horas extras y en festivos y dominicales, adolece de la precisión requerida, en tanto que no permite esclarecer qué días efectiva y realmente laboró el accionante al servicio de la accionada, el tiempo suplementario o complementario que reclama, ni los horarios en que lo trabajó, conclusión a la que se arriba, luego de examinar el haz probatorio y que deja en evidencia el error en la intelección a la que llegó el Juzgador de primer grado, cuando dijo que se encontraban demostrados en el plenario.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que fue allegado como medio de convicción los comprobantes de pago, mismos que no demuestran cómo se desarrolló la jornada laboral de José Guillermo Espinosa Sánchez y si éste ejecutó su actividad de conductor más allá de su horario o del trabajo suplementario reconocido por la llamada a juicio, pues frente a dicho supuesto ningún dato puede extraerse del documental en comento, en tanto que sólo se relaciona la mensualidad a cancelar, el nombre del empleador y del trabajador. Además, ningún supuesto se puede obtener de la “*relación de viaje*” y “*relación de entregas*” (fols. 24 a 29), para acreditar el trabajo en horas extras y en festivos y dominicales, pues allí no se permite siquiera establecer el horario del trabajador, ni el número de horas trabajaba excediendo la jornada máxima legal, y si era en horario diurno o nocturno que se presentaba la extensión de esta.

Otro aspecto que llama la atención de la Sala es que se pretende demostrar tal circunstancia con el interrogatorio de parte que se realizó al representante legal de la demandada y con el dicho del testimonio de Florentino Caldas Hernández, no obstante, al ser indagados sobre el aspecto controvertido en el juicio, nada informaron, menos con la certeza requerida, acerca del número de horas exactas sobre las que se aplicaría el pretendido recargo, cuestión determinante para establecer cuántas horas diurnas y nocturnas prestaba el servicio para efectos de liquidar no sólo los pertinentes recargos sino para conocer el total de extras servidas en cada jornada laboral.

Nótese que el señor Edgar Efraín González Gómez, representante legal de la enjuiciada, aunque manifestó que el actor fue contratado para conducir el furgón, labor que realizaba en distintas partes del país, aduciendo respecto al horario en que efectuó la actividad aquel que “*tienen que entregar la mercancía, en el día, durante el día, porque, pues, en las oficinas de destino, los lugares de entrega de los destinatarios no trabajan en la noche, de pronto cogían alguna parte de la noche, pero básicamente el trabajo en los días (...) pues es difícil decir un horario exacto porque ellos salen de trabajar de acá o de las ciudades y manejan hasta cierto punto, digamos que tienen como libertad en ese aspecto y pueden trabajar hasta las cinco o seis y siete de la noche, descansan y continúan al día siguiente, pues ellos pueden manejar el horario libremente*”, tal declaración no se deriva en una confesión, ni tampoco acredita el horario del demandante, pues frente al supuesto de hora de ingreso o salida su atestación resulta de poca utilidad, siendo este un extremo relevante para determinar a qué hora se cumplían las 16 horas de trabajo diarias que afirmó el A quo con contundencia laboraba el señor Suarez Bello.

Ahora, el testimonio de Florentino Caldas Hernández adolece de la misma imprecisión pues si bien informa que el actor ingresaba a la empresa a las 8:00 de la mañana hasta las 10:00 o 12:00 de la noche, para seguir la ruta a la ciudad señalada por el empleador,

¹ “la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas>”

lo cierto es que no indica si tal aspecto fue durante la totalidad del tiempo de servicio y si lo fue todos los días en que realizaba la labor de conductor. Además, colige la Sala, que no era posible para el declarante precisar dicha circunstancia debido a la actividad que ejercía el promotor de la litis, pues de su propio dicho se logra extraer que el demandante realizaba sus recorridos sin la presencia o acompañamiento del deponente, luego no podría conocer con detalle y precisión la labor que realizó en trabajo suplementario, dominicales y festivos teniendo en cuenta las distancias que debía recorrer entre las distintas ciudades, de ahí que se descarte su dicho para establecer el total de extras servidas en cada jornada laboral.

Así las cosas, surge evidente la improcedencia del reconocimiento de trabajo suplementario peticionado por carecer de sustento probatorio que permita efectivamente determinarlo con precisión y exactitud, además, es notorio en el presente asunto el equívoco del A quo al sostener que no existía duda sobre el tiempo laborado en jornada suplementaria, en la medida que también debe ser tomado del propio dicho del accionante cuando aquel surtió el interrogatorio de parte, pues es evidente que la citada declaración no podía ser suficiente para probar tal circunstancia, en tanto que cumple recordar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella. Además, tampoco puede la Sala extraer de dicha declaración una confesión pura y simple en tanto que no se observa que le produzca consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria; de hecho, es notorio que la citada aserción única y exclusivamente le favorece a él, por manera que mal haría esta Sala mantener la citada decisión.

De aceptarse lo contrario, bastaría el propio dicho de la parte actora, afirmando la causación de trabajo extra y en dominical y festivo para que el Juez decida a favor, siendo que, para impartir condena debe contarse con la prueba que respalde tal afirmación y que zanje cualquier duda sobre su causación, además debe reiterarse el elemental principio de derecho probatorio que enseña que no es dable a la propia parte crear sus propias pruebas.

De suerte al carecer este Sala de los elementos de prueba idóneos para establecer el valor del trabajo suplementario que quedó insoluto, esto es, qué número de horas extras pudo haber servido el demandante y en qué jornada, y cuáles dominicales y festivos prestó servicio, conlleva indefectiblemente a determinar que no se probó salario superior. Lo anterior, sirve además para concluir que los pagos que realizó la demandada por concepto de jornada dominical y festiva y que aparecen en las nóminas de pago adosadas a folios 89 a 142, corresponden efectivamente a la remuneración al trabajo en dominicales y festivos, realmente laborados por el actor, por lo que, al no probarse salario superior al utilizado por el empleador para liquidar acreencias laborales, no hay lugar tampoco a la reliquidación pretendida.

Así las cosas, la Sala **REVOCARÁ** el numeral segundo, literales a y b, y ordinal tercero de la sentencia confutada, para en su lugar absolver a la demandada de estas pretensiones. Además, teniendo en cuenta que no salió a flote la pretensión de trabajo suplementario, dominical y festivo, la petitoria de indemnización moratoria seguirá su misma suerte, como quiera que aquella está edificada sobre la prosperidad y reconocimiento de la primera. En lo demás, se mantendrá incólume la sentencia, en tanto que no fue objeto de debate algún otro tema prestacional.

Costas

Sin costas en esta instancia, por no haber causado. Las de primera se confirman.

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,

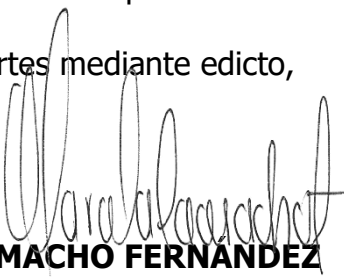
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral 2º, literales a, b y d y en su totalidad el ordinal 3º de la sentencia proferida el 7 de diciembre del 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, atinentes a trabajo suplementario, dominical y festivo, reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social e indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

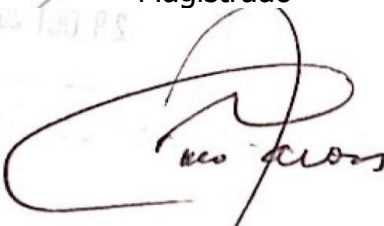
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: GUILLERMO ALFREDO RODRIGUEZ
Demandado: PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.
Radicación: 11001-3105-016-2018-00024-02
Tema: FUERO CIRCUNSTANCIAL

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

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

AUTO y SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. GUILLERMO ALFREDO RODRIGUEZ HEREDIA instauró demanda ordinaria contra la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral mediada por un contrato de trabajo a término indefinido desde el 28 de agosto de 2006 hasta el 6 de junio de 2017; que se declare que le es aplicable la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Sindicato SINTRAVALORES y PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.; que se declare que se encuentra amparado por el fuero circunstancial establecido en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965; que el despido se dio sin justa causa y es inexistente; que se ordene el reintegro a su antiguo puesto de trabajo, o a otro de igual o mejor categoría y salario; que se cancele a título de indemnización todos los salarios y prestaciones legales y convencionales dejadas de percibir, desde el momento de la desvinculación hasta que se produzca el reintegro efectivo, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como sustento factico de las pretensiones indicó que prestó sus servicios como trabajador de la actual sociedad PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., mediante un tercero llamado SEGURIDAD COSMOS LTDA como aparente empleador, desde el 06 de agosto de 2006 hasta el 6 de junio de 2017; que la empresa Seguridad Cosmos Ltda y Prosegur de Colombia S.A. son empresas de un mismo grupo empresarial llamado Thomas Greg & Sons; que desempeñó el cargo de Operador de Control para PROSEGUR S.A. en la ciudad de Bogotá; que PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. fue quien le suministró los uniformes con las insignias de aquella entidad, el carnet, y las armas para la protección personal; que PROSEGUR S.A. fue quien los capacitó, supervisó, le impuso horarios, dirigió y dio órdenes para el cumplimiento de sus labores; que su salario promedio mensual fue de \$2.829.760; que SEGURIDAD COSMOS LTDA no es una entidad autorizada para el suministro de personal en misión para otras compañías; que en la

compañía PROSEGUR S.A. existe el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. "SINTRAVALORES"; que SINTRAVALORES le comunicó a PROSEGUR S.A. la afiliación del actor a dicho sindicato el 21 de febrero de 2017; que en la demandada está vigente una convención colectiva de trabajo que aplica sin distinción a todos los trabajadores de la Compañía; que la Convención Colectiva establece que PROSEGUR S.A. no podría contratar personal con otras compañías para desempeñar labores propias del objeto social; que mediante resolución No 0556 del 17 de octubre de 2013, ratificada por la resolución 354 del 30 de septiembre de 2014, el Ministerio del Trabajo sancionó a PROSEGUR S.A. por violar el artículo 5° de la Convención Colectiva al contratar personal en misión por intermedio de la entidad EMPOSER LTDA; que en la compañía demandada existe el Sindicato nacional denominado SINTRAPROSEGUR, al cual se encuentra afiliado desde el 20 de febrero de 2017, e igualmente se comunicó al empleador de tal circunstancia el 21 de febrero de 2017; que SINTRAPROSEGUR presentó pliego de peticiones ante PROSEGUR S.A., y el conflicto aún persiste en la actualidad; que se encuentra amparado por el fuero circunstancial derivado del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965; que fue despedido el 6 de junio de 2017 sin que existiera justa causa. (Fols. 157 a 178)

2. Contestación. PROSEGUR COLOMBIA S.A.: En lo que interesa a la causa, se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que entre las partes nunca ha existido relación laboral de ninguna índole, precisando que entre COSMOS LTDA y PROSEGUR S.A. existe un contrato de colaboración empresarial que funda en que la segunda ejerce actividades en la modalidad de transporte de valores, mientras que la primera se dedica a la prestación remunerada del servicio de vigilancia y seguridad privada con armas, encontrándose dentro de ellas la prestación de servicios de escolta y vigilancia fija y móvil; que SINTRAVALORES es un sindicato de empresa que hace presencia en PROSEGUR S.A., pero el demandante al no ser trabajador de PROSEGUR S.A. no le era posible afiliarse a ese sindicato; que frente al fuero circunstancial no le es aplicable al actor, dado que el demandante no fue trabajador de PROSEGUR S.A. y además el conflicto colectivo ha terminado por la falta de actividad de la organización sindical, sin que sea viable la perpetuación de dicha circunstancia. Como excepciones de fondo rotuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del contrato de trabajo con mi representada, inaplicabilidad de la convención colectiva suscrita entre PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. y el sindicato SINTRAVALORES, inexistencia del fuero circunstancial, inexistencia de sindicato mayoritaria en PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., buena fe de la sociedad demandada, prescripción, y compensación. (Fol. 356 a 391).

3. Decisión de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de julio del 2021, en la que el fallador absolvió a la entidad demandada de las suplicas del actor, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación, imponiéndole costas al demandante.

Para arribar a tal decisiva, empezó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar la existencia de la relación laboral con PROSEGUR S.A., y sí se encuentra amparado por el fuero circunstancial.

Determinó que no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones, inicialmente porque en la demanda no se enuncia a que figura de intermediación se refiere, es decir, si se presentó a través de CTA, como trabajador en misión o como outsourcing; sin embargo, lo que se entiende es que pretende la existencia de la relación laboral con PROSEGUR S.A. y COSMOS LTDA como tercero o aparente.

Estimó que del análisis conjunto de los medios probatorios no se llega a la conclusión de que el empleador sea PROSEGUR S.A., ya que el objeto o razón social entre COSMOS LTDA y PROSEGUR S.A. difieren, y a pesar de que tienen una similitud en uno de los enunciados del objeto social, ello por sí solo no es demostrativo de que la relación laboral haya sido con PROSEGUR S.A.; que ninguna de las figuras de intermediación laboral se configura; que no se demostró la existencia de un grupo empresarial; que tampoco se demuestra la existencia de unidad de empresa, de hecho ni siquiera se pretendió tal figura; que el objeto social de COSMOS LTDA. es para prestar servicios de vigilancia y seguridad privada, móvil y fija, mientras que el objeto de PROSEGUR S.A. es la explotación del negocio de transporte de valores y actividades conexas en todas sus formas, y si bien en el numeral octavo se establece que también se dedica a la prestación del servicio de vigilancia fija y escoltas asociada al transporte de valores, esa mera similitud no hace ilegal la contratación, ni tampoco conduce a la demostración de que exista una maniobra ilegal; que de conformidad con la historia laboral de cotizaciones en pensión se reportan cotizaciones por varios empleadores, incluso diferentes a COSMOS LTDA; que lo que existió fue un contrato de colaboración entre COSMOS LTDA y PROSEGUR S.A.M; que la prueba arrojada consistente en carnet y registro de capacitación no generó la convicción que pretende la parte actora; que si bien se acreditó que los servicios se prestaron para PROSEGUR S.A. ello no constituye prueba de que el contrato de trabajo se dio con la demandada; que las pruebas no tienen la entidad suficiente para demostrar la calidad de empleador de la demandada; que el testimonio solo demuestra el hecho de haber prestado los servicios en las instalaciones de PROSEGUR S.A., pero no que aquel haya fungido como empleador; que si bien se encontraba afiliado a los sindicatos a que alude en la demanda, no es beneficiario de la Convención Colectiva y tampoco puede beneficiarse del fuero circunstancial. (Fol. 428 a 429 con CD de Audiencia)

4.1 Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte **demandante** formuló recurso de alzada alegando que la parte actora no estaba obligada a explicar la figura ilegal de contratación; que el artículo 35 del CST establece quienes fungen como simple intermediario, y en esa calidad fue que fungió COSMOS LTDA; que la prestación del servicio se efectuó en las instalaciones de PROSEGUR S.A., y tal circunstancia se minimiza por el despacho; que el uniforme fue otorgado por PROSEGUR S.A. y constituye un hecho disiente, ya que exteriormente lo identificaban como trabajador de PROSEGUR S.A.; que el carnet también lo identifica como trabajador de PROSEGUR S.A. y no de otra empresa; que no se demostró por la entidad que haya sido trabajador de COSMOS LTDA; que los objetos sociales no son distintos, y la diferenciación que hace el juzgado es una apreciación del despacho que no se desprende de los certificados de cámara y comercio; que el hecho de que la similitud en el objeto social este en el numeral 8 del certificado de cámara y comercio, ello no lo hace que sea secundario o menos importante; que el Decreto 356 de 1994 establece las modalidades de las empresas de vigilancia y seguridad privada, entre estas la vigilancia del transporte de valores; que ambas empresas son de vigilancia y tienen el mismo objeto social; que generalmente se pide colaboración de otra empresa para trabajos que no se sabe hacer, pero no para trabajos que sabe hacer PROSEGUR S.A.; que quienes daban ordenes eran funcionarios de PROSEGUR S.A.; que de conformidad con el artículo 24 del CST al trabajador solo le corresponde demostrar la prestación del servicio, lo que quedó demostrado con la prueba documental y testimonial, correspondiéndole a PROSEGUR S.A. desvirtuar la subordinación, el cual no lo hizo; que el demandante se encontraba afiliado a la organización sindical y para la fecha de terminación del contrato estaba en conflicto colectivo, ello debido a que la entidad demandada no trajo ninguna prueba de que el conflicto haya terminado o abandonado.

5. Alegatos. Prosegur S.A. presentó alegatos sosteniendo que se debe confirmar la decisión de instancia, dado que no logró establecerse el contrato con su representada, siendo el empleador del demandante las empresas EMPOSER LTDA y SEGURIDAD COSMOS LTDA.

6. CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los **siguientes problemas jurídicos:** **(i)** ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo o, por el contrario, la demandada logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral dentro de los extremos temporales solicitados en la demanda? y **(ii)** ¿Para la fecha en que el demandante fue desvinculado, gozaba o no de fuero circunstancial, en caso afirmativo, si hay lugar al reintegro?

i) Relación laboral

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

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

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

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada"* (criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada tuvo lugar en el período comprendido entre el 06 de agosto del 2006 hasta el 06 de junio de 2017. Afirmación frente a la cual la demandada se opone expresando tajantemente que entre las partes no existió ningún vínculo laboral.

Así mismo, de la documental de folio 15 obra certificación laboral, y a folio 17 y 23 obra desprendible de pago de nómina y carta de terminación del contrato, donde se hace alusión a que el señor GUILLERMO ALFREDO RODRIGUEZ HEREDIA, prestó sus servicios para la sociedad SEGURIDAD COSMOS LTDA desde el 28 de agosto de 2006 hasta el 06 de junio de 2017 como Operador de Control, lo que lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, lo que da lugar a la inversión de la carga de la prueba, en donde la entidad encartada deberá desvirtuarla de manera fehaciente, controvirtiendo la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "onus probandi", *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"* (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de *"reus, in excipiendo, fit actor"*, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016), situación que no sucedió en el presente litigio, toda vez que la pasiva no logró desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST.

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tienen aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citados por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T, y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de suficiente peso y solidez para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021 y SL3436-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un *"haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta"*

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompasan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que la Compañía Transportadora de Valores

PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. no logró derruir la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada, pues no arrió ninguna prueba testimonial que permita enervar tal presunción, quedándose solo con la prueba documental, de la cual, muy al contrario de las aseveraciones de la a quo, se encuentra que no desvirtúa la subordinación laboral, sino que confirma su existencia, a saber:

A folio 210 a 224 obra contrato de colaboración empresarial suscrito entre la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. y Seguridad Cosmos Ltda, cuyo objeto consiste en:

"la prestación a terceros de Servicios de Transporte de Valores, con un esquema de Seguridad Especializado (...)

En virtud del presente contrato, las partes unirán esfuerzos para la implementación del proyecto que corresponde al desarrollo, montaje, operación y explotación de los servicios. Cada una de las partes en virtud del presente contrato aportará su experiencia, conocimientos, así como una serie de elementos que incluyan: tecnología, personal, equipos, vehículos; armamento etc, y las consecuentes actividades y recursos que se requieran, propias del giro natural de la operación, para la cual las partes darán a conocer las prestaciones complementarias"

Lo primero que viene a propósito colegir es que el a quo concluyó que el empleador lo fue COSMOS LTDA y no PROSEGUR S.A., pues a pesar de que el actor prestó los servicios en las instalaciones de PROSEGUR S.A., lo cierto es que ello lo fue en virtud del contrato de colaboración atrás referido y además por cuanto los objetos sociales entre una y otra entidad difieren; no obstante, la Sala arriba a una conclusión diferente, ello en la medida en que al revisarse el objeto social de cada una de las entidades (Fols. 2 a 9), coinciden las dos en el servicio de vigilancia fija y móvil, además las dos sociedades se encuentran vigiladas por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

Ahora, el hecho de que en el objeto social de PROSEGUR S.A. obre la similitud de objeto con COSMOS S.A. en el numeral octavo, consistente en "la prestación del servicio de vigilancia fija y escolta asociada al transporte de valores", no hace que aquello corresponda a una actividad secundaria de PROSEGUR S.A., pues ello no se desprende del certificado de existencia y representación legal, y si bien el contrato de colaboración antes expuesto puede dar lugar a entender que en efecto la función de vigilancia y seguridad es algo conexo a la función esencial del transporte de valores, que es a lo que refiere dedicarse PROSEGUR S.A., lo cierto es que ninguna probanza se arrió al proceso por la encartada en punto a demostrar que ello fuera así, es decir, que la actividad de vigilancia y seguridad haya sido ejecutada por COSMOS LTDA o que el actor en el plano de la realidad haya sido subordinado de COSMOS LTDA como empleador.

Igualmente, debe ponderarse el dicho del testigo Carlos Guillermo Cely Alfonso quien fue compañero del actor y prestó servicios para PROSEGUR S.A. en el cargo de vigilante y luego tripulante, quien a pesar de haber sido tachado por sospecha por la pasiva, no le resta valor suasorio a sus dichos, ya que fue conteste, claro y coincidente en relatar cómo se desarrolló la relación laboral del actor, en concreto relató que el actor era el encargado de las cámaras de seguridad, era quien daba ingreso a las instalaciones, hacia monitoreo a través de las cámaras, asimismo que la empresa decidió colocar cámaras de seguridad en los vehículos transportadores de valores y era el actor el que

las monitoreaba, esto es, “era vigilante de las cámaras de uno”. Señaló que el actor siempre laboró en las instalaciones de PROSEGUR S.A., que no fue tripulante; que había tres supervisores de nombre Guillermo Correa, Raúl Molina y Gerardo Álvarez, todos funcionarios de PROSEGUR S.A., quienes impartían las ordenes; que los equipos eran de PROSEGUR S.A.; que el uniforme era el mismo para todos con los logos de PROSEGUR S.A., y que “jamás conoció las dependencias” de COSMOS LTDA.

De lo expuesto fluye inequívoca la prestación personal del servicio subordinado a través del personal de PROSEGUR S.A., desdibujándose en un todo la referida relación laboral con COSMOS LTDA a través del contrato de colaboración, por lo que al contrario de lo deducido por la juez de primer grado, el hecho de que en el plano formal figure COSMOS LTDA como empleador en virtud del contrato de colaboración que suscribió con PROSEGUR S.A., no conlleva a descartar la existencia de la relación laboral con PROSEGUR S.A., ya que en puridad de verdad se logra extraer del cardumen probatorio que COSMOS LTDA solo fue aparente, siendo el verdadero empleador PROSEGUR S.A., al punto de que todo el desarrollo de la relación laboral se dio bajo la subordinación de empleados de PROSEGUR S.A., en las instalaciones y con equipos de la demandada, portando carnet y uniforme suministrado por la demandada, notas características de una relación subordinada de empleador – trabajador.

Así mismo, podría pensarse que el tema de la vigilancia de las instalaciones de una empresa puede hacerse mediante el contrato de colaboración con sociedades dedicadas exclusivamente a ese objeto social; empero, en el caso bajo estudio no acontece tal situación, ya que la función del actor no lo era simplemente atender la vigilancia de las instalaciones de PROSEGUR S.A., sino que iba más allá y en gran medida contribuía al desarrollo del objeto social de PROSEGUR S.A., pues no de otra manera logra concatenarse el dicho del testigo referido a que la empresa decidió colocar cámaras de seguridad en los vehículos transportadores de valores y era el actor el que las monitoreaba, esto es, “era vigilante de las cámaras de uno”, precisando por la Sala que una de las actividades a las que se dedica PROSEGUR S.A. es “la explotación del negocio de transporte de valores y actividades conexas en todas sus formas”.

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que la relación laboral fue con COSMOS LTDA en virtud del contrato de colaboración resulta desatinado, cuando el hilo conductor de las probanzas recaudadas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva.

Concluyéndose de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiario el demandante no fue derruida, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó al servicio de COSMOS LTDA, por el contrario, las probanzas desdibujan el supuesto vínculo con aquella, por cuanto es evidente que el accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en el lugar asignado por la accionada, en tanto su actividad estaba subordinada a los designios de quienes ejercían como supervisores de PROSEGUR DE COLOMBIA S.A..

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación erró la Juez de primer grado al concluir que la relación contractual no fue con PROSEGUR S.A. como empleador y en tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia recurrida.

Extremos temporales de la relación

Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 06 de agosto de 2006 hasta el 06 de junio de 2017. Sobre este aspecto se encuentra probado que el actor prestó sus servicios de forma continua, pero no desde el 06 de agosto de 2006, sino desde el 28 de agosto de 2006, por así se evidencia de la certificación laboral que obra a folio 15, el contrato de trabajo visible a folio 225 a 228 y la liquidación final de prestaciones obrante a 229.

El extremo final tampoco presenta complejidad, pues de la misma documental atrás referida se detalla que lo fue el 06 de junio de 2017.

Decantado lo anterior, dada la relación laboral con PROSEGUR S.A., de suyo es que le resulta aplicable la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con el sindicato SINTRAVALORES, aunado a que a folio 37 obra el radicado dirigido a PROSEGUR S.A. comunicando la afiliación del actor a tal organización sindical. Asimismo, a folio 77 y 78 obra certificación de afiliación a SINTRAPROSEGUR y comunicación dirigida a PROSEGUR S.A. sobre tal afiliación sindical, con quien aduce existe conflicto colectivo, y por la que pretende el reintegro por estar amparado por el fuero circunstancial.

ii) Fuero circunstancial

El fuero circunstancial es uno de los mecanismos de protección reconocidos por el legislador para hacer efectivo el libre ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva -artículo 55¹ superior-, en tanto impide al empleador despedir al trabajador aforado sin justa causa calificada por el juez del trabajo desde el mismo momento en que se presenta el pliego de peticiones.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que el fuero circunstancial impide que el empleador utilice el despido para socavar la capacidad de negociación de los trabajadores interesados en proponer y negociar sus reivindicaciones económicas dentro del escenario de un conflicto colectivo, independientemente de su vinculación o no a una organización sindical, de manera que se mantenga el equilibrio de fuerzas entre ambas partes. Sobre el punto viene a propósito memorar el predicamento propalado por el máximo tribunal de esta jurisdicción: *"Y por ello se ha dicho que un despido producido en esas circunstancias resulta inane, lo cual conlleva el restablecimiento del contrato de trabajo. Es decir que se trata de una protección eficaz"* (Sentencia del 28 de febrero de 2007, radicado 29.081, reiterada en providencia del 30 de septiembre de 2015, rad. 45.016).

Para los efectos del fuero especial reclamado –se reitera-, surge el conflicto colectivo desde el momento en que los trabajadores presentan el pliego de peticiones ante el empleador o uno de sus representantes, se extiende durante el proceso de negociación colectiva, con el agotamiento de todas las etapas y dentro de los términos o plazos previstos en la ley, y finaliza con i) la firma de un acuerdo o pacto colectivo ii) con la ejecutoria de un laudo arbitral, o iii) con el abandono de la negociación.

Ahora, considerando que el presupuesto basilar para que se configure el fuero circunstancial es que el despido del trabajador ocurra durante el trámite de las etapas

¹ ARTICULO 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

del proceso de negociación colectiva, al tenor del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, en armonía con el inciso 3º. del art. 36 del decreto 1469 de 1978 y de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, en cumplimiento del art. 167 del C.G.P., aplicable al proceso laboral por integración normativa que permite el art. 145 del C.P.L. y S.S., correspondiéndole en este caso al trabajador pretensor probar que para el tiempo en que fue despedido estaba en curso un proceso de negociación de un conflicto colectivo del cual forma parte como negociador o integrante del sindicato, debiendo acreditar los dos extremos del proceso de negociación colectiva, esto es, la fecha de presentación del pliego de peticiones y la de la terminación de dicho proceso. A su turno, le concierne a la parte demandada a la que se le traslada la carga probatoria -la que por esencia es dinámica-, demostrar que tal pliego no tuvo la virtualidad de generar un conflicto colectivo (Sentencia del 23 de mayo de 2005, rad. 25.110).

Hechas las anteriores precisiones, ha de señalarse que del análisis del mérito de convicción de las pruebas recaudadas se educa que la parte activa pretende el reintegro por encontrarse amparado por el fuero circunstancial al estar vigente un conflicto colectivo con SINTRAPROSEGUR; sin embargo, al respecto solo obra la documental de folios 80 a 93, en la que consta que se radicó pliego de peticiones ante PROSEGUR S.A. el día 18 de julio de 2016, y se anexa el referido pliego, sin que se tenga certeza de la iniciación de tal conflicto o la etapa en la que pueda encontrarse.

Ahora, el testigo Carlos Guillermo Cely Alfonso refirió que era directivo de la organización sindical SINTRAPROSEGUR, y que en efecto se encontraba vigente el conflicto colectivo, igualmente mencionó que PROSEGUR S.A. se negó a negociar el pliego presentado.

Lo anterior lleva a la Sala a estudiar un problema jurídico secundario, consistente en la aplicación del fuero circunstancial en los eventos en que el empleador se niega a iniciar la negociación del pliego de peticiones presentado por la organización sindical, y al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL16788-2017, radicación No 52324 del 03 de octubre de 2017, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha sostenido que: *"la interpretación del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, no conlleva necesariamente a concluir que, en todos los casos, la sola presentación del pliego de peticiones al empleador perpetúa la garantía foral hasta la suscripción de una convención, pacto colectivo o la ejecutoria del laudo arbitral, pues existen eventos en los que el conflicto colectivo cesa de manera anormal, como lo es el incumplimiento de las etapas propias de la solución del mismo; o cuando no existe por parte de quienes lo promovieron el interés suficiente de concluirlo (CSJ SL14066-2016; SL6732-2015; SL 29822, 2 oct. 2007; SL 23843, 16 mar. 2005; y SL 19170, 11 dic. 2002)"*.

Y en los eventos donde el empleador se niega a negociar el pliego de peticiones, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL16788-2017, lo siguiente:

"De suerte que, en los eventos en que las empresas se nieguen a la negociación del pliego de peticiones dentro del término legal (art. 433 CST), y frente a tal actuar la asociación sindical guarde silencio o no utilice los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para forzarlo a las conversaciones, resulta razonable entender, a partir de ese hecho, la declinación del pliego de peticiones y, naturalmente, el decaimiento del conflicto colectivo ante la falta de interés para desarrollarlo y culminarlo por parte de quienes lo promovieron".

Ahora, en un caso particular como el que aquí concita la atención de la Sala, donde el empleador se rehusó a negociar el pliego de peticiones, la Corte encontró que debía analizarse en cada caso particular si el sindicato proponente del conflicto desplegó «*las actuaciones tendientes a compeler al empleador para la negociación del pliego de peticiones*» (CSJ SL16788-2017).

Descendiendo al sub examine, tenemos que el Sindicato SINTRAPROSEGUR presentó el 18 de julio de 2016 ante PROSEGUR S.A. pliego de peticiones (Fl. 80), no obstante, no obra ninguna actuación del sindicato proponente del conflicto de compeler al empleador a la negociación del pliego, pues solo se tiene el dicho del testigo Carlos Guillermo Cely Alfonso, quien afirmó que la entidad se rehusó a negociar el pliego y que ha preguntado en el Ministerio del Trabajo, donde le informan que el conflicto sigue vigente, dichos con los cuales no puede la Sala asumir que el conflicto colectivo inició y está vigente, pues se itera, no obra prueba para constatar que en efecto una vez presentado el pliego de peticiones y ante la negativa de la entidad de negociar se haya utilizado “*los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para forzarlo a las conversaciones*”, presentándose así decaimiento del conflicto por falta de interés de la parte solicitante del conflicto colectivo.

En consecuencia, al no estar demostrado que para el 06 de junio de 2017 hubiere estado vigente el conflicto colectivo, no se abre paso a la prosperidad de las pretensiones enarboladas en este tópico, esto es, la declaratoria de estar amparado por el fuero circunstancial, el reintegro, la declaratoria de ineficacia del despido, y la indemnización traducida en los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde la desvinculación.

Bajo ese horizonte, sin que haya más pretensiones por resolver en tanto que pendían de la prosperidad del reintegro, para la Sala se impone la revocatoria de la sentencia de primera instancia que absolvió a la entidad demandada de la declaratoria del contrato de trabajo, para en su lugar declarar la existencia de la relación laboral con PROSEGUR S.A., absolviendo de las demás pretensiones.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso de alzada, solo en lo tocante a la declaratoria del contrato de trabajo. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandada. Tésense.

DECISIÓN

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 23 de julio del 2021, por el Juzgado Deciséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a la entidad demandada de las suplicas del actor, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **GUILLERMO ALFREDO RODRIGUEZ HEREDIA** y la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA**

S.A. entre el 28 de agosto de 2006 al 06 de junio de 2017, así como también que le es aplicable la Convención Colectiva suscrita con el sindicato SINTRAVALORES.

SEGUNDO: DECLARAR que para la fecha en que se efectuó el despido del señor **GUILLERMO ALFREDO RODRIGUEZ HEREDIA, NO** se encontraba amparado por el fuero circunstancial de que trata el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, en consecuencia, absolver de la pretensión de reintegro, y las demás que pendían de aquella.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandada. Tésense.

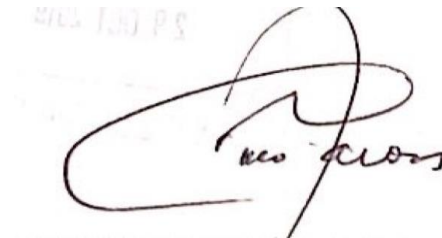
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(Salva voto parcial)

*-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: **RITO HERNAN SALCEDO CRUZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES.**
RADICACIÓN: **110013105-018-2019-00867-01**
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA**
TEMA: **RELIQUIDACIÓN PENSIONAL**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. MAURICIO ALEJANDRO CAPERA BERMUDEZ, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor RITO HERNAN SALCEDO CRUZ a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se ordene el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional aplicando un porcentaje del 80% al ingreso base de liquidación, el retroactivo, los intereses moratorios, la actualización, lo ultra y extra petita, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante resolución SUB19608 del 22 de enero de 2019, le fue reconocida la pensión de vejez por valor de \$6.160.582, a partir del 1 de junio de 2018; que en la citada resolución se tuvo en cuenta una tasa de reemplazo del 75.26%; que acredita 1.938,71 semanas, con lo cual la tasa de reemplazo debe ser del 80%; que el 02 de julio de 2019 solicitó ante COLPENSIONES la reliquidación pensional, pero le fue negada a través de resolución SUB206663 del 31 de julio de 2019. (Fols. 3 a 6)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols 44); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación. COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que, al contar el actor con más de 1.300 semanas, se aplica un 1.5% por cada 50 semanas adicionales de cotización sin superar el 15% en incrementos, que para el caso concreto corresponde al 15%, más el 60.26% reconocido por las primeras 1.300 semanas, se llega a un total de 75.26% conforme fue declarado en la resolución SUB206663 del 31 de julio de 2019. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (Fols. 1 a 14 Archivo CD folio 46).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 1 de junio de 2018, en cuantía de \$6.213.112; condenó a COLPENSIONES al pago de \$2.313.527 como retroactivo pensional causado entre el 1 de junio de 2018 y el 31 de agosto de 2021; condenó al pago de \$67.345 a título de indexación, sin perjuicio de continuar calculando dicha indexación sobre las diferencias actualizadas que se causen hasta que se satisfaga la obligación, y gravó en costas a COLPENSIONES (fls. 49 a 51 con CD de audiencia).

Indicó que para resolver el problema jurídico planteado era necesario nuevamente hacer el cálculo del IBL, para luego aplicar la fórmula establecida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003.

Que ante ello, para la liquidación del IBL se tuvo en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada, apreciando que el IBL más favorable es el de los últimos 10 años, cuyo valor asciende a \$8.362.686,59.

Frente a la tasa de reemplazo consideró que de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, solo se podían incrementar el 15 % como máximo por las semanas cotizadas adicionales a las mínimas requeridas, con lo cual, al aplicar la fórmula decreciente con el IBL para el 2018 de \$8.362.686,59, arroja un 60.15, más el 14.15% por las semanas adicionales, en tanto que cuenta con 1.985,43 semanas, arroja una tasa del 74.13%, tasa que a pesar de ser inferior a la que tuvo en cuenta COLPENSIONES, arroja una mesada superior a la reconocida, ello en virtud a que el IBL calculado por el despacho es superior al reconocido por COLPENSIONES y por ello impartió condena por diferencias pensionales a partir del 01 de junio de 2018.

Ordenó la indexación en razón a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y absolvió de los intereses moratorios al tratarse de un tema de reajuste pensional. Declaró no probada la excepción de prescripción al evidenciar que no transcurrieron más de 3 años entre el reconocimiento pensional y la interposición de la demanda.

5. Impugnación y límites del ad quem. Presentó apelación la parte demandante y COLPENSIONES.

Demandante.: Propone apelación insistiendo en la condena por intereses moratorios en la medida en que la Corte Suprema de Justicia recogió la tesis de la improcedencia de los mismos en tratándose de reajustes pensionales; igualmente, que es procedente la reliquidación del monto pensional de conformidad con el artículo 34 de la ley 100 de 1993, ya que en ninguno de sus apartados se extrae que solo se pueda incrementar hasta en un máximo del 15% como de manera equivocada lo entendió la a quo y Colpensiones, al contrario lo que se desprende de la norma es que no puede superar la tasa de reemplazo el 80 %, en ese sentido solicita que se revise nuevamente la tasa de reemplazo, y se condene a la reliquidación.

COLPENSIONES.: Solicita que se absuelva a COLPENSIONES de las suplicas de la demanda, ya que aquella entidad liquidó el IBL en estricto rigor a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, los últimos 10 años, e igualmente aplicó correctamente la fórmula establecida en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 en lo que se refiere a la tasa de reemplazo, con lo cual los actos administrativos expedidos por COLPENSIONES están conforme a derecho.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones. Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que no se ajusta a la realidad jurídica, siendo que los actos administrativos expedidos por Colpensiones aplican en debida forma la fórmula que establece el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

6.2 Demandante. Peticiona que se acceda a las suplicas de la demanda, debiendo reliquidarse el monto pensional en un 80% como tasa de reemplazo, tal como se infiere de la aplicación correcta del artículo 34 de la ley 100 de 1993.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Es correcta la aplicación del artículo 34 de la Ley 100 de 1993 efectuada por a quo y COLPENSIONES? (iii) ¿Proceden los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación?

Ingreso base de liquidación y tasa de reemplazo

No es objeto de controversia que COLPENSIONES mediante resolución SUB19608 del 22 de enero de 2019 reconoce la pensión de vejez, con una tasa de reemplazo del 75.26 %, en cuantía de \$6.160.582 a partir del 01 de junio de 2018 (Fols. 24 a 29); que presentó solicitud de reliquidación el 02 de julio de 2019, peticionando que la tasa de reemplazo sea del 80%, siendo resuelto de manera desfavorable a través de resolución SUB206663 del 31 de julio de 2019 (Fols. 30 a 37); Finalmente, que de conformidad con la historia laboral actualizada al 28 de febrero de 2019 reporta 1.983,71 semanas cotizadas en toda su vida laboral desde el 06 de agosto de 1973

hasta el 31 de mayo de 2018 (Fols. 10 a 18), con lo cual, el objeto de controversia radica en el monto del IBL, y la tasa de reemplazo del 80 % sobre el IBL.

Respecto del ingreso base de liquidación, debe observarse el sistema contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años, o toda la vida laboral en el caso de acreditar más de 1250 semanas, debiendo aplicar el IBL que resulte más favorable, para lo cual ha de aplicarse la fórmula de que trata el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, para establecer la tasa de reemplazo.

Así las cosas, en vista que la a quo encontró que el IBL de los últimos diez años le era favorable, y como al respecto no se presentó inconformidad por la parte actora, la Sala solo procederá a realizar el cálculo del IBL de los últimos diez años con base en la historia laboral más actualizada, obrante en el expediente (Fol. 10 a 18), según anexo que se glosa a la sentencia, obteniéndose la suma de **\$8.494.433,43**, suma superior a la que llegó la juzgadora primigenia, que lo fue de **\$8.362.686,59** y a la vez superior al que encontró COLPENSIONES en la resolución SUB19608 del 22 de enero de 2019 por valor de **\$8.185.732**; sin embargo, aprecia la Sala que al no ser objeto de disenso por la parte actora, y al revisarse la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, habrá de tenerse en cuenta para los efectos siguientes el IBL que justipreció el juez primigenio de \$8.362.686,59.

Ahora, en lo que respecta a la liquidación realizada por el Juzgado de origen, debe decirse que la diferencia que se presenta con la liquidación realizada por esta Colegiatura es ínfima, pero está circunscrita a algunos periodos con cotización simultánea, es particular al periodo de marzo de 2016.

Tasa de reemplazo artículo 34 ley 100 de 1993

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 a quo, el cual asciende a **\$8.362.686,59**

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 2018, que equivale a \$781.242.

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

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

$$s = \$8'362.686,59 / \$781.242$$

Así las cosas, tenemos que el valor de S equivale a 10,70.

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: 10,70 y multiplicarlo por 0.5 y, en segundo lugar, procederemos a reemplazar la formula.

$$10,70 \times 0.5 = 5.35$$

$$r = 65.50 - 5.35$$

$$r = 65.50 - 5.35$$

$$r = 60.15$$

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 historia laboral de cotizaciones (fls. 10 a 18), el señor RITO HERNAN SALCEDO CRUZ acreditó durante toda su vida laboral un total de 13.885 días laborados, que corresponden a 1.983,71 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 683.71 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:

$$\text{Semanas adicionales} = (1.983,71 - 1300 = 683.71 \quad 683.71/50 = 13.67 \times 1.5\% = 20.51 \%).$$

En consecuencia, se tiene que el actor cuenta con 683.71 semanas adicionales de cotización, esto es, 13.67 puntos sobre los cuales aplicar el 1.5% de porcentaje adicional, para un total de 20.51% de incremento sobre el porcentaje atrás calculado.

Efectuada entonces la sumatoria de r (60.15) más el porcentaje resultante de las semanas adicionales (20.51%), tenemos una tasa de reemplazo equivalente a 80.66%, sin embargo, 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 que el máximo porcentaje con las semanas adicionales

sea el 15 % (65% - 85%). 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 porcentaje a subir por semanas adicionales y que el mismo sea delimitado por la misma entidad demandada en 15%, 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 significativa de semanas que no podrían tenerse en cuenta por efecto de colocar un límite no previsto en la ley.

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.

De suerte que, una vez realizadas las operaciones aritméticas del caso, constata la Corporación que el monto correspondiente a la mesada pensional con el IBL de \$8.362.686,59, al aplicársele el 80 % de tasa de reemplazo arroja una mesada inicial de **\$6.690.149.27** suma superior a la que reconoció COLPENSIONES en la Resolución SUB19608 del 22 de enero de 2019.

Ahora, frente al retroactivo pensional, entre la mesada pensional que reconoció COLPENSIONES y la mesada pensional que le arrojó a esta Sala, de conformidad con el artículo 283 del CGP que establece que la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizadas las operaciones matemáticas por concepto del retroactivo pensional objeto de condena se obtiene la suma de **\$25.052.386**, correspondiente a las mesadas causadas del 1 de junio del 2018 al 30 de noviembre de 2021, y a partir del 1º de diciembre de 2021 Colpensiones deberá cancelar al actor una mesada pensional de **\$7.280.566**, la cual se reajustará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sobre 13 mesadas pensionales, así como lo previene el Acto Legislativo 01 de 2005 por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

REAJUSTE PENSIONAL						
Año	IPC	Valor reconocido	Valor real	Diferencia mensual	# mesadas	Total retroactivo
2018	3,18%	\$ 6.160.582	\$ 6.690.149	\$ 529.567	8	\$ 4.236.538
2019	3,80%	\$ 6.356.489	\$ 6.902.896	\$ 546.408	13	\$ 7.103.298
2020	1,61%	\$ 6.598.035	\$ 7.165.206	\$ 567.171	13	\$ 7.373.223
2021		\$ 6.704.263	\$ 7.280.566	\$ 576.302	11	\$ 6.339.327
TOTAL						\$ 25.052.386

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuenta 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.

Por otra parte, como COLPENSIONES propuso la excepción de prescripción (fol. 45 Cd), hay lugar a estudiar dicho medio extintor, y teniendo en cuenta que la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES se hizo exigible a partir del 01 de junio de 2018, y la reclamación de tal prestación la efectuó el actor el 8 de enero de 2019 (fol. 24), la cual fue resuelta a través de la Resolución SUB 19608 del 22 de enero de 2019, y entre esta última fecha y la presentación de la demanda que se instauró el 18 de diciembre de 2019 (fol. 38) no transcurrieron más de 3 años, vale decir, sin que entre una y otra fecha haya superado el término de 3 años establecido en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, de lo que se sigue que ninguna diferencia pensional producto de la reliquidación se encuentra prescrita.

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, que coincide con la sentada ahora por nuestra Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1681-2020, según las cuales los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 199 se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensión** reconocida en virtud de un **mandato**

legal, convencional o particular. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior.**

Del mismo modo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha ido más allá y ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de **reajustes o reliquidaciones**, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

"Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".

Frente a su **causación**, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximo de 4 meses a que se refiere el artículo 9º de la ley 797 de 2003"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios **no opera** cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013). (negrilla fuera de texto)

Ahora, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:

Artículo 19º.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)".

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno COLPENSIONES reconoce la prestación de manera deficitaria, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de

gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub examine, la solicitud se elevó el 08 de enero de 2019 (Fol. 24), por lo que tenía hasta el 08 de mayo de 2019 para reconocer y pagar la pensión de vejez en debida forma, pero como no lo hizo, tales intereses se causan desde el 09 de mayo de 2019, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la obligación. Intereses que se causan sobre cada una de las diferencias sobre las mesadas generadas desde el 01 de junio de 2018, y las que se sigan causando hasta el momento del pago.

Sobre la indexación, al concederse los intereses moratorios no hay lugar a la misma, además son incompatibles.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificatoria de la sentencia de primera instancia, conforme lo atrás dicho.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte demandante, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado por la activa. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: MODIFICAR el **NUMERAL PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO** de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2021 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

"PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor RITO HERNÁN SALCEDO CRUZ, la pensión de vejez a partir del 1 de junio de 2018, aplicando una tasa de reemplazo del 80%, en cuantía inicial de \$6.690.149.27.

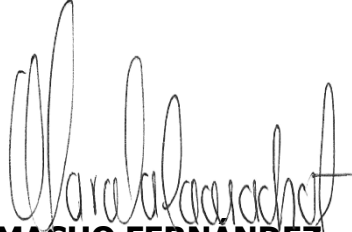
SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor RITO HERNÁN SALCEDO CRUZ, el valor de \$25.052.386, por concepto de retroactivo pensional por la diferencia de las mesadas causadas desde el 01 de junio de 2018 hasta el 30 de noviembre de 2021. A partir del 01 de diciembre de 2021, se seguirá reconociendo la pensión en cuantía de \$7.280.566, con 13 mesadas pensionales, y en lo sucesivo con los reajustes de ley a que alude el artículo 14 de la ley 100 de 1993. Autorizando a COLPENSIONES a realizar los descuentos al sistema general de seguridad social en salud.

TERCERO.: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, generado por las diferencias de las mesadas pensionales causadas desde el 01 de junio de 2018, incluida la mesada adicional de diciembre de cada año. Intereses que se calcularon a partir del 09 de mayo de 2019 y hasta la fecha en la que se haga efectivo el pago de la obligación".

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor del demandante. Las de primera se confirman.

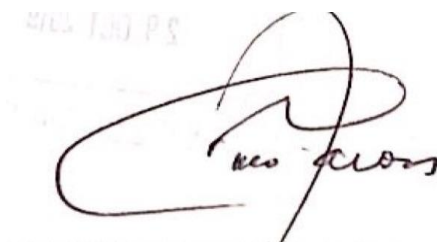
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

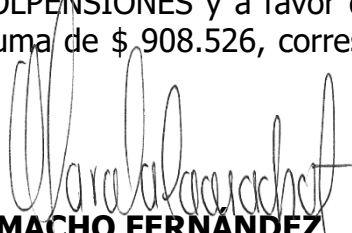


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor del demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 908.526, correspondiente a UN SMLMV.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

CALCULO IBL 10 AÑOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL

F. INICIAL	1-ene-67	TOTAL DIAS	3600
F. FINAL	31-dic-21		

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DIAS	SALARIO INDEXADO	PROMEDIO	AÑO FINAL	INDICE IPC FINAL	AÑO INICIAL	INDICE IPC INICIAL
1-ene-67	31-ene-67					2017	96,92	1966	0,09
1-jun-08	30-jun-08	\$ 2.500.000	30	\$ 3.737.826	\$ 31.149	2017	96,92	2007	64,82
1-jul-08	31-jul-08	\$ 2.500.000	30	\$ 3.737.826	\$ 31.149	2017	96,92	2007	64,82
1-ago-08	31-ago-08	\$ 2.500.000	30	\$ 3.737.826	\$ 31.149	2017	96,92	2007	64,82
1-sep-08	30-sep-08	\$ 2.500.000	30	\$ 3.737.826	\$ 31.149	2017	96,92	2007	64,82
1-oct-08	31-oct-08	\$ 2.500.000	30	\$ 3.737.826	\$ 31.149	2017	96,92	2007	64,82
1-nov-08	30-nov-08	\$ 2.500.000	30	\$ 3.737.826	\$ 31.149	2017	96,92	2007	64,82
1-dic-08	31-dic-08	\$ 2.500.000	30	\$ 3.737.826	\$ 31.149	2017	96,92	2007	64,82
1-ene-09	31-ene-09	\$ 2.500.000	30	\$ 3.471.403	\$ 28.928	2017	96,92	2008	69,80
1-feb-09	28-feb-09	\$ 2.500.000	30	\$ 3.471.403	\$ 28.928	2017	96,92	2008	69,80
1-mar-09	31-mar-09	\$ 2.500.000	30	\$ 3.471.403	\$ 28.928	2017	96,92	2008	69,80
1-abr-09	30-abr-09	\$ 2.500.000	30	\$ 3.471.403	\$ 28.928	2017	96,92	2008	69,80
1-may-09	31-may-09	\$ 2.500.000	30	\$ 3.471.403	\$ 28.928	2017	96,92	2008	69,80
1-jun-09	30-jun-09	\$ 2.500.000	30	\$ 3.471.403	\$ 28.928	2017	96,92	2008	69,80
1-jul-09	31-jul-09	\$ 2.500.000	30	\$ 3.471.403	\$ 28.928	2017	96,92	2008	69,80
1-ago-09	31-ago-09	\$ 2.500.000	30	\$ 3.471.403	\$ 28.928	2017	96,92	2008	69,80

1-sep-09	30-sep-09	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.471.403	\$ 28.928	2017	96,92	2008	69,80
1-oct-09	31-oct-09	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.471.403	\$ 28.928	2017	96,92	2008	69,80
1-nov-09	30-nov-09	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.471.403	\$ 28.928	2017	96,92	2008	69,80
1-dic-09	31-dic-09	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.471.403	\$ 28.928	2017	96,92	2008	69,80
1-ene-10	31-ene-10	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.403.276	\$ 28.361	2017	96,92	2009	71,20
1-feb-10	28-feb-10	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.403.276	\$ 28.361	2017	96,92	2009	71,20
1-mar-10	31-mar-10	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.403.276	\$ 28.361	2017	96,92	2009	71,20
1-abr-10	30-abr-10	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.403.276	\$ 28.361	2017	96,92	2009	71,20
1-may-10	31-may-10	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.403.276	\$ 28.361	2017	96,92	2009	71,20
1-jun-10	30-jun-10	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.403.276	\$ 28.361	2017	96,92	2009	71,20
1-jul-10	31-jul-10	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.403.276	\$ 28.361	2017	96,92	2009	71,20
1-ago-10	31-ago-10	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.403.276	\$ 28.361	2017	96,92	2009	71,20
1-sep-10	30-sep-10	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.403.276	\$ 28.361	2017	96,92	2009	71,20
1-oct-10	31-oct-10	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.403.276	\$ 28.361	2017	96,92	2009	71,20
1-nov-10	30-nov-10	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.403.276	\$ 28.361	2017	96,92	2009	71,20
1-dic-10	31-dic-10	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.403.276	\$ 28.361	2017	96,92	2009	71,20
1-ene-11	31-ene-11	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.298.668	\$ 27.489	2017	96,92	2010	73,45
1-feb-11	28-feb-11	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.298.668	\$ 27.489	2017	96,92	2010	73,45
1-mar-11	31-mar-11	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.298.668	\$ 27.489	2017	96,92	2010	73,45
1-abr-11	30-abr-11	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.298.668	\$ 27.489	2017	96,92	2010	73,45
1-may-11	31-may-11	\$ 2.500.00 0	30	\$ 3.298.668	\$ 27.489	2017	96,92	2010	73,45

1-jun-11	30-jun-11	\$ 2.500.000	30	\$ 3.298.668	\$ 27.489	2017	96,92	2010	73,45
1-jul-11	31-jul-11	\$ 2.500.000	30	\$ 3.298.668	\$ 27.489	2017	96,92	2010	73,45
1-ago-11	31-ago-11	\$ 2.500.000	30	\$ 3.298.668	\$ 27.489	2017	96,92	2010	73,45
1-sep-11	30-sep-11	\$ 2.500.000	30	\$ 3.298.668	\$ 27.489	2017	96,92	2010	73,45
1-oct-11	31-oct-11	\$ 2.500.000	30	\$ 3.298.668	\$ 27.489	2017	96,92	2010	73,45
1-nov-11	30-nov-11	\$ 2.500.000	30	\$ 3.298.668	\$ 27.489	2017	96,92	2010	73,45
1-dic-11	31-dic-11	\$ 2.500.000	30	\$ 3.298.668	\$ 27.489	2017	96,92	2010	73,45
1-ene-12	31-ene-12	\$ 6.000.000	30	\$ 7.632.317	\$ 63.603	2017	96,92	2011	76,19
1-feb-12	29-feb-12	\$ 6.000.000	30	\$ 7.632.317	\$ 63.603	2017	96,92	2011	76,19
1-mar-12	31-mar-12	\$ 6.000.000	30	\$ 7.632.317	\$ 63.603	2017	96,92	2011	76,19
1-abr-12	30-abr-12	\$ 6.000.000	30	\$ 7.632.317	\$ 63.603	2017	96,92	2011	76,19
1-may-12	31-may-12	\$ 6.000.000	30	\$ 7.632.317	\$ 63.603	2017	96,92	2011	76,19
1-jun-12	30-jun-12	\$ 6.000.000	30	\$ 7.632.317	\$ 63.603	2017	96,92	2011	76,19
1-jul-12	31-jul-12	\$ 6.000.000	30	\$ 7.632.317	\$ 63.603	2017	96,92	2011	76,19
1-ago-12	31-ago-12	\$ 6.000.000	30	\$ 7.632.317	\$ 63.603	2017	96,92	2011	76,19
1-sep-12	30-sep-12	\$ 6.000.000	30	\$ 7.632.317	\$ 63.603	2017	96,92	2011	76,19
1-oct-12	31-oct-12	\$ 6.000.000	30	\$ 7.632.317	\$ 63.603	2017	96,92	2011	76,19
1-nov-12	30-nov-12	\$ 6.000.000	30	\$ 7.632.317	\$ 63.603	2017	96,92	2011	76,19
1-dic-12	31-dic-12	\$ 6.000.000	30	\$ 7.632.317	\$ 63.603	2017	96,92	2011	76,19
1-ene-13	31-ene-13	\$ 6.000.000	30	\$ 7.450.863	\$ 62.091	2017	96,92	2012	78,05
1-feb-13	28-feb-13	\$ 6.000.000	30	\$ 7.450.863	\$ 62.091	2017	96,92	2012	78,05

1-mar-13	31-mar-13	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.450.863	\$ 62.091	2017	96,92	2012	78,05
1-abr-13	30-abr-13	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.450.863	\$ 62.091	2017	96,92	2012	78,05
1-may-13	31-may-13	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.450.863	\$ 62.091	2017	96,92	2012	78,05
1-jun-13	30-jun-13	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.450.863	\$ 62.091	2017	96,92	2012	78,05
1-jul-13	31-jul-13	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.450.863	\$ 62.091	2017	96,92	2012	78,05
1-ago-13	31-ago-13	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.450.863	\$ 62.091	2017	96,92	2012	78,05
1-sep-13	30-sep-13	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.450.863	\$ 62.091	2017	96,92	2012	78,05
1-oct-13	31-oct-13	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.450.863	\$ 62.091	2017	96,92	2012	78,05
1-nov-13	30-nov-13	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.450.863	\$ 62.091	2017	96,92	2012	78,05
1-dic-13	31-dic-13	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.450.863	\$ 62.091	2017	96,92	2012	78,05
1-ene-14	31-ene-14	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.309.224	\$ 60.910	2017	96,92	2013	79,56
1-feb-14	28-feb-14	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.309.224	\$ 60.910	2017	96,92	2013	79,56
1-mar-14	31-mar-14	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.309.224	\$ 60.910	2017	96,92	2013	79,56
1-abr-14	30-abr-14	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.309.224	\$ 60.910	2017	96,92	2013	79,56
1-may-14	31-may-14	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.309.224	\$ 60.910	2017	96,92	2013	79,56
1-jun-14	30-jun-14	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.309.224	\$ 60.910	2017	96,92	2013	79,56
1-jul-14	31-jul-14	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.309.224	\$ 60.910	2017	96,92	2013	79,56
1-ago-14	31-ago-14	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.309.224	\$ 60.910	2017	96,92	2013	79,56
1-sep-14	30-sep-14	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.309.224	\$ 60.910	2017	96,92	2013	79,56
1-oct-14	31-oct-14	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.309.224	\$ 60.910	2017	96,92	2013	79,56
1-nov-14	30-nov-14	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.309.224	\$ 60.910	2017	96,92	2013	79,56

1-dic-14	31-dic-14	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.309.224	\$ 60.910	2017	96,92	2013	79,56
1-ene-15	31-ene-15	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.051.310	\$ 58.761	2017	96,92	2014	82,47
1-feb-15	28-feb-15	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.051.310	\$ 58.761	2017	96,92	2014	82,47
1-mar-15	31-mar-15	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.051.310	\$ 58.761	2017	96,92	2014	82,47
1-abr-15	30-abr-15	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.051.310	\$ 58.761	2017	96,92	2014	82,47
1-may-15	31-may-15	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.051.310	\$ 58.761	2017	96,92	2014	82,47
1-jun-15	30-jun-15	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.051.310	\$ 58.761	2017	96,92	2014	82,47
1-jul-15	31-jul-15	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.051.310	\$ 58.761	2017	96,92	2014	82,47
1-ago-15	31-ago-15	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.051.310	\$ 58.761	2017	96,92	2014	82,47
1-sep-15	30-sep-15	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.051.310	\$ 58.761	2017	96,92	2014	82,47
1-oct-15	31-oct-15	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.051.310	\$ 58.761	2017	96,92	2014	82,47
1-nov-15	30-nov-15	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.051.310	\$ 58.761	2017	96,92	2014	82,47
1-dic-15	31-dic-15	\$ 6.000.00 0	30	\$ 7.051.310	\$ 58.761	2017	96,92	2014	82,47
1-ene-16	31-ene-16	\$ 6.000.00 0	30	\$ 6.604.261	\$ 55.036	2017	96,92	2015	88,05
1-feb-16	29-feb-16	\$ 6.000.00 0	30	\$ 6.604.261	\$ 55.036	2017	96,92	2015	88,05
1-mar-16	31-mar-16	\$ 17.236.3 75	30	\$ 18.972.25 4	\$ 158.102	2017	96,92	2015	88,05
1-abr-16	30-abr-16	\$ 17.236.3 75	30	\$ 18.972.25 4	\$ 158.102	2017	96,92	2015	88,05
1-may-16	31-may-16	\$ 17.236.3 75	30	\$ 18.972.25 4	\$ 158.102	2017	96,92	2015	88,05
1-jun-16	30-jun-16	\$ 17.236.3 75	30	\$ 18.972.25 4	\$ 158.102	2017	96,92	2015	88,05
1-jul-16	31-jul-16	\$ 17.236.3 75	30	\$ 18.972.25 4	\$ 158.102	2017	96,92	2015	88,05
1-ago-16	31-ago-16	\$ 17.236.3 75	30	\$ 18.972.25 4	\$ 158.102	2017	96,92	2015	88,05

1-sep-16	30-sep-16	\$ 17.236.375	30	\$ 18.972.254	\$ 158.102	2017	96,92	2015	88,05
1-oct-16	31-oct-16	\$ 17.236.375	30	\$ 18.972.254	\$ 158.102	2017	96,92	2015	88,05
1-nov-16	30-nov-16	\$ 17.236.375	30	\$ 18.972.254	\$ 158.102	2017	96,92	2015	88,05
1-dic-16	31-dic-16	\$ 17.236.375	30	\$ 18.972.254	\$ 158.102	2017	96,92	2015	88,05
1-ene-17	31-ene-17	\$ 18.000.000	30	\$ 18.735.952	\$ 156.133	2017	96,92	2016	93,11
1-feb-17	28-feb-17	\$ 18.000.000	30	\$ 18.735.952	\$ 156.133	2017	96,92	2016	93,11
1-mar-17	31-mar-17	\$ 18.000.000	30	\$ 18.735.952	\$ 156.133	2017	96,92	2016	93,11
1-abr-17	30-abr-17	\$ 18.000.000	30	\$ 18.735.952	\$ 156.133	2017	96,92	2016	93,11
1-may-17	31-may-17	\$ 18.000.000	30	\$ 18.735.952	\$ 156.133	2017	96,92	2016	93,11
1-jun-17	30-jun-17	\$ 18.000.000	30	\$ 18.735.952	\$ 156.133	2017	96,92	2016	93,11
1-jul-17	31-jul-17	\$ 18.000.000	30	\$ 18.735.952	\$ 156.133	2017	96,92	2016	93,11
1-ago-17	31-ago-17	\$ 18.000.000	30	\$ 18.735.952	\$ 156.133	2017	96,92	2016	93,11
1-sep-17	30-sep-17	\$ 18.000.000	30	\$ 18.735.952	\$ 156.133	2017	96,92	2016	93,11
1-oct-17	31-oct-17	\$ 18.000.000	30	\$ 18.735.952	\$ 156.133	2017	96,92	2016	93,11
1-nov-17	30-nov-17	\$ 18.000.000	30	\$ 18.735.952	\$ 156.133	2017	96,92	2016	93,11
1-dic-17	31-dic-17	\$ 18.000.000	30	\$ 18.735.952	\$ 156.133	2017	96,92	2016	93,11
1-ene-18	31-ene-18	\$ 18.000.000	30	\$ 18.000.000	\$ 150.000	2017	96,92	2017	96,92
1-feb-18	28-feb-18	\$ 18.000.000	30	\$ 18.000.000	\$ 150.000	2017	96,92	2017	96,92
1-mar-18	31-mar-18	\$ 18.000.000	30	\$ 18.000.000	\$ 150.000	2017	96,92	2017	96,92
1-abr-18	30-abr-18	\$ 18.000.000	30	\$ 18.000.000	\$ 150.000	2017	96,92	2017	96,92
1-may-18	31-may-18	\$ 18.000.000	30	\$ 18.000.000	\$ 150.000	2017	96,92	2017	96,92

TOTAL	
DIAS	3600
	514,
TOTAL SEMANAS	29

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN	\$ 8.494.433,43
SEMANAS COTIZADAS	514
PENSION A RECONOCER	\$ 0,00
PORCENTAJE APLICADO	0%
PENSION RECONOCIDA	0
DIFERENCIA	\$ 0,00



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARLOS ALBERTO DURÁN HERRERA
Demandado: ETB S.A. ESP
Radicación: 05-2017-00038-01
Tema: CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO-APELACIÓN
SENTENCIA – REVOCA

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carlos Alberto Durán Herrera, instauró demanda ordinaria contra Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. ESP, con el propósito de que se declare que fue despedido en forma unilateral y, por tanto, tiene derecho a una pensión sanción proporcional a partir del momento en que hubiera satisfecho los requisitos establecidos en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961. Así mismo, que con ocasión a la terminación ilegal tiene derecho al resarcimiento de daños patrimoniales y extrapatrimoniales; que por ser violatorio del derecho fundamental de asociación, el parágrafo segundo del contrato de trabajo firmado entre las partes el 16 de julio de 1998 es nulo, ex tunc; que por extensión legal es acreedor de todos los beneficios salariales y prestacionales establecidos en las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la demandada y Sintrateléfonos; que lo devengado por concepto de compensación variable y prima técnica tiene carácter salarial.

En consecuencia de las anteriores pretensiones de orden declarativo solicitó el pago de la pensión sanción, con una mesada calculada con el último salario promedio actualizado, en el que deberá incluirse todos los factores salariales legales, voluntarios y convencionales; el daño emergente y lucro cesante; reliquidación de salarios y prestaciones sociales legales, voluntarias y convencionales, así como la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo y aportes al sistema de seguridad social integral; indemnización moratoria y en subsidio la indexación de las sumas debidas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 30 de septiembre de 1992 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual terminó por decisión unilateral de su empleador el 13 de julio de 2007. Indicó que entre la encartada y Sintratelefonos suscribieron convenciones colectivas, pactándose incrementos salariales y

prestacionales, que no le fueron reconocidos durante la vigencia del vínculo laboral no obstante su condición de beneficiario por ministerio de la Ley.

Refirió que la liquidación definitiva de acreencias fue realizada con un sueldo promedio de \$12.359.808, además, que al pagarle la indemnización por despido le aplicaron la tabla establecida en la convención colectiva de trabajo, todo ello sin incluir todos los factores salariales, tales como prima de ingeniero ni compensación variable. Indicó que tampoco en la liquidación de aportes a la seguridad social para pensión no se tuvieron en cuenta dichos factores. (Expediente digital, PDF 11001 31 05 005 2017 00038 00 final, págs. 83 a 91)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 11001 31 05 005 2017 00038 00 final, pág. 40); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, a excepción de la existencia del contrato de trabajo celebrado entre las partes, argumentando que el mismo se terminó sin justa causa, previo pago de la indemnización establecida legalmente en la suma de \$245.824.225, más su liquidación laboral final de ley. Indicó que la fecha del finiquito ocurrió el 13 de julio de 2007, razón suficiente para que toda acción laboral para reclamar sobre el particular se encuentre caducada y el derecho prescrito.

Indicó que de conformidad con el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, nunca omitió el pago de aportes al subsistema de seguridad social en pensiones, aspecto angular, que modifica el criterio para otorgar la pensión restringida que contempla el artículo 8 de la Ley 171 de 1961. Por otro lado, señaló que el contrato de trabajo suscrito con el demandante se ajusta rigurosamente a la Constitución Política, a la ley y no vulnera cualquier convención colectiva de trabajo, en tanto que no era beneficiario de la convención colectiva de trabajo, como quiera que su contrato fue de dirección, confianza y manejo, por lo tanto, no perteneció a cualquiera de las organización sindicales que existen en la ETB, ni realizó aportes por concepto de cuota sindical, además, porque así quedó estipulado en el parágrafo segundo de la cláusula décima del citado nexo.

Propuso como excepción previa la de prescripción y como de fondo las que denominó inexistencia de las obligaciones dinerarias demandadas, inexistencia de la obligación de pagar indemnización moratoria, indexación, perjuicios o costas procesales, falta de supuestos fácticos y probatorios que soporten las pretensiones de la demanda, ausencia de causa, pago, prescripción, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 11001 31 05 005 2017 00038 00 final, págs. 103 a 124)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de octubre del 2020, en la que el fallador condenó a la accionada la reliquidación de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, a partir del 1 de enero de 1998 y hasta el 13 de julio de 2007, incluyendo en el ingreso base de cotización los conceptos de sueldo ordinario, sueldo de vacaciones, prima de vacaciones unificado, prima de navidad convencional, prima de junio y prima de ingeniero. *“Es decir, los conceptos que se tienen en cuenta para liquidar aportes al sistema de seguridad social en pensiones de trabajadores convencionales”*. Además, la gravó en las costas.

Para los fines que estrictamente interesan al recurso de apelación propuesto, el A quo se propuso a verificar si al actor le aplica o no la convención colectiva de trabajo vigente al momento de su vinculación a la ETB y, por ende, si procede la reliquidación de aportes al sistema de seguridad social en pensiones. Con tal propósito, lo primero que dijo es que no estaba en discusión la existencia de la relación laboral entre las partes, a partir del 30

de septiembre de 1992 al 13 de julio del 2007. Además, que verificado el expediente podía advertir que inicialmente el actor fue vinculado como trabajador oficial; posteriormente, fue ascendido a un cargo directivo y en razón a ello pasó a ser un empleado público. Sin embargo, dado a que la entidad demandada cambió su naturaleza jurídica a la de una empresa mixta, tal condición de empleado público se perdió, celebrándose un nuevo contrato de trabajo entre las partes.

Indicó que en este último nexo contractual en la cláusula sexta se señaló que el trabajador no tiene derecho a que le sean reconocidas las prestaciones sociales establecidas en la Convención Colectiva. Sin embargo, aludió a que la convención colectiva de trabajo 1984 no ha sido modificada y que sigue vigente su cláusula convencional núm. 38, misma que señala que el texto normativo es aplicable a todo el personal al servicio de la empresa, a excepción de los trabajadores que expresamente renuncien a ella.

Así las cosas, expuso que si bien es cierto no se discute que el aquí demandante ostentó un cargo de dirección y confianza, sin embargo, al leer la norma extralegal aquel no quedó excluido su aplicación por tener tal condición. En ese sentido, citó las sentencias SL7805-2016 y SL636305-2016 y de acuerdo con el referente jurisprudencial, consideró que, verificada la cláusula contractual establecida en el contrato de trabajo, no evidencia una renuncia expresa a la convención colectiva de trabajo, en tanto que estaba redactada de manera genérica y vaga, ni siquiera indicaba a qué convención hacía alusión y, por tanto, debía ser aplicable. (Expediente digital, audio Audiencias Art 77 y 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No. 11001310500520170003800 (1))

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandada** formuló recurso de apelación señalando que, mediante la celebración del contrato de trabajo entre las partes, en virtud del cual se asciende al actor y se le otorgó un cargo de dirección y confianza, el trabajador renunció a los beneficios convencionales que a los anteriormente podría haber tenido derecho. Indicó que en el propio texto de la norma extralegal se manifiesta que podrá ser extensiva a otros trabajadores que no sean afiliados, siempre y cuando sean beneficiarios por extensión y realicen el aporte sindical, aspecto que nunca ocurrió.

Sostuvo que no hay lugar a la reliquidación ordenada en tanto que el demandante dejó de recibir las prestaciones a las que hace referencia a la respuesta dada de Talento Humano de la empresa, por lo que, si no las devenga por haber renunciado a las mismas, tampoco habría lugar a la condena. Aludió que, si bien los aportes pensionales tienen un carácter de imprescriptibles, el derecho base que da lugar a la reliquidación si se encuentra prescrito.

6. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor que las estipulaciones convencionales que darían lugar a reliquidación de aportes al sistema no le aplican al demandante porque no es destinatario de la convención colectiva del trabajo. Advirtió que el actor nunca perteneció a cualquiera de las organizaciones sindicales fundadas en la empresa y no se le aplicaba la convención colectiva del trabajo por extensión como lo tiene previsto el artículo 471 del CST ni por otra razón. Indicó que el contrato de trabajo de Carlos Duran Herrera fue de dirección y confianza con un régimen de salario integral, además por su propia determinación se excluyó la aplicación de ese acuerdo con la organización sindical, no de forma gratuita, sino que implicó beneficios claros tanto en la posición jerárquica en la empresa como en lo salarial.

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 la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿El demandante es beneficiario de la convención colectiva de trabajo y, por tanto, debe ordenarse la reliquidación de aportes al subsistema de seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta los factores salariales derivados de los beneficios del texto extralegal?

Relación laboral, extremos temporales y salario

Previo a resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, extremos temporales, el salario devengado por la actora, tampoco su terminación unilateral y sin justa causa por parte del empleador, ni la naturaleza jurídica de su vinculación. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no fueron motivo de apelación, además, son aceptadas en la contestación de la demanda y corroboradas con el contrato de trabajo, carta de terminación del vínculo laboral adiada 13 de julio de 2007, liquidación de prestaciones sociales y las cartas de "continuación liquidación definitiva – cambio de relación laboral". (Expediente digital, PDF 11001 31 05 005 2017 00038 00 final, págs. 221 y s.s.)

Convención Colectiva de Trabajo

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. ESP recurrente, cuestiona en rigor al cognoscente de primer grado no haber advertido que al actor no le es aplicable la convención colectiva de trabajo, en la medida que aquel renunció a los beneficios extralegales derivados de tal texto extralegal al momento de celebrar el contrato de trabajo entre las partes, además, si se tiene que de conformidad con la citada norma, no le podía ser extensivo los beneficios, cuando quiera que no realizó aportes sindicales.

En efecto, el Juzgador de primera en la adopción de su decisión de instancia, en el tema que se examina, limitó su análisis a precisar que de cara a la cláusula trigésima octava de la convención colectiva de trabajo 1982, el trabajador es beneficiario de la misma, a más porque no evidencia que el actor haya renunciado a sus beneficios, pues así no se desprende de la cláusula sexta del contrato de trabajo.

Antes de adentrarnos al objeto de la Litis, resulta pertinente resaltar la naturaleza del conflicto colectivo del trabajo, las convenciones colectivas de trabajo y su fuerza normativa. Así, la Constitución y la ley promueven la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores como un instrumento para la concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo y empleo y, la reivindicación de los derechos de los trabajadores, razón por la cual la negociación colectiva es uno de los ejes centrales de la libertad sindical junto con el de asociación y huelga. (art. 55 CP; Convenio 154 OIT y 432 a 436 CST).

En este sentido, al presuponer la esfera de la negociación colectiva una contraposición de intereses al interior de las relaciones del trabajo, nuestro ordenamiento jurídico se ha ocupado de regular de manera expresa y detallada el trámite que deben cumplir los actores del conflicto laboral con el propósito de lograr su solución. En efecto, el Código Sustantivo Laboral establece el agotamiento de la etapa de arreglo directo (art. 432 a 436), lo concerniente a la eventual declaratoria y desarrollo de la huelga (art. 444 a 449),

el procedimiento de arbitraje (art. 452 a 461) y la suscripción de la convención o pacto colectivo (título III, capítulos I y II).

En este último punto, sobre la suscripción de la convención colectiva del trabajo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que constituye verdadero derecho objetivo, dado que en él se incorpora la voluntad de las partes con el fin de regular la relación entre el trabajador y empleador y, fijar las condiciones durante su vigencia. Sobre este aspecto, en sentencia SL16811-2017 se indicó:

"La fuerza normativa que acompaña a las convenciones colectivas de trabajo se desprende del artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo, conforme al cual estos acuerdos se suscriben entre una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias agremiaciones de trabajadores, por la otra, «para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia». De igual modo, encuentra asidero en el derecho fundamental a la negociación colectiva (art. 55 CP, Convenios 98, 151 y 154 OIT) y en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual los individuos y colectivos poseen la capacidad, en uso de su razón, de imponerse normas que regulen sus relaciones sociales.

A través de la convención colectiva, entonces, los empleadores y asociaciones de trabajadores tiene la posibilidad de dictar para sí, normas sobre trabajo. En ese instrumento, se prevén, en consecuencia, las condiciones que habrán de regular las relaciones de trabajo y empleo, las obligaciones y derechos de los sujetos colectivos, así como otros aspectos que las partes decidan acordar libremente.

Al ser, pues, el contrato colectivo un acto regla, producto de la autonomía y la voluntad, mediante el cual sus suscriptores dictan lo que será la ley de la empresa, sus disposiciones constituyen verdadero derecho objetivo, que se proyecta e incorpora a los contratos individuales de trabajo para regular temas como el salario, la jornada, las prestaciones sociales, las vacaciones, etc., como también para erigir reglas en materia de empleo y gobierno de relaciones empresa y organizaciones de trabajadores."

Ahora, debe decirse por la Sala que en el marco de la libertad sindical los trabajadores pueden afiliarse de manera libre y voluntaria a cualquier sindicato que estimen conveniente, así como pertenecer a varias organizaciones sindicales, de conformidad con el artículo 39 de la CP, así como de los artículos 353, 356 y 358 del CST, en armonía con las sentencias de constitucionalidad CC C- 797 de 2000 y CC C-567 de 2000, que declaró la inexequibilidad de la normativa que prohibía a un trabajador pertenecer a varios sindicatos.

Además, en el marco de la negociación sindical las partes cuentan con la posibilidad de excluir o incluir a ciertos trabajadores de la aplicación de la convención colectiva de trabajo, es decir, las organizaciones sindicales y las empresas, se encuentran dotadas de la suficiente libertad para suscribir el acuerdo convencional y determinar el campo de aplicación de las prerrogativas allí contempladas, como es el caso de excluir a los trabajadores que desempeñen un cargo y que se consideren cercanos a los intereses del empleador, como sucede con los trabajadores de dirección, confianza y manejo o incluir a los trabajadores no afiliados al sindicato, con o sin ninguna condición. (SL805-2013, SL896-2018 y SL2489-2021)

Esbozados como se encuentran los lineamientos normativos y jurisprudenciales aplicables al caso, para efectos de evaluar lo atinente a la discusión que plantean las partes, lo primero que observa la Sala es que la existencia de la convención colectiva de trabajo vigente 1984, suscrita entre la Empresa de Teléfonos de Bogotá y Sintratelefonos, se

incorporó al proceso con la respectiva nota de depósito ante el Ministerio de Trabajo, de conformidad con el artículo 469 del CST, lo que permite de entrada a esta Sala su valoración.

Así, al remitirse la Sala a dicho documento, encuentra que, en efecto, en su cláusula trigésima octava se dispuso que la misma *"rige para todo el personal al servicio de la Empresa. Los trabajadores no sindicalizados, por el hecho de beneficiarse de la convención colectiva, deberán cotizar al sindicato de base una suma igual a la cuota ordinaria de los afiliados, a menos que renuncien expresamente a los beneficios"*; referente normativo que valga precisar se encuentra en vigor, dado que no aparece acreditado que haya sido derogado por algún acuerdo colectivo posterior.

De cara a dicho referente normativo, un primer aspecto que sale a relucir es que tal texto extralegal se hace extensible a los trabajadores no sindicalizados, con el consecuente pago de los aportes ordinarios al sindicato, a menos que los éstos hayan renunciado expresamente a sus beneficios, de manera que, en armonía a la cláusula 38° que se anotó, aquella se hizo extensiva de manera automática cuando quiera que quienes la suscribieron expresamente señalaron que fuese aplicable a todo el personal al servicio de la accionada, con la salvedad atrás señalada.

Ahora, para analizar este último punto, es necesario tener en cuenta que la recurrente afirma que, de acuerdo con el párrafo segundo de la cláusula sexta del contrato de trabajo para personal de dirección y confianza celebrado entre las partes, según la cual, **"PARÁGRAFO SEGUNDO: EL TRABAJADOR no tiene derecho a que le sean reconocidas las prestaciones sociales establecidas en la Convención Colectiva."**; el trabajador renunció a los beneficios convencionales, en los términos de la citada convención.

Pues bien, de entrada evidencia la Sala que, contrario a lo esgrimido por el Juez de primer grado, si se presentó una renuncia expresa a los beneficios convencionales por parte del trabajador al suscribir el contrato de trabajo, ello en atención a que el trabajador aceptó sin ninguna condición que no tendría derecho a los beneficios establecidos en la convención colectiva de trabajo, tales como prestaciones sociales, pues así se debe inferir, al aceptar el régimen especial de remuneración diseñado por la empresa, el cual, según lo estipulado en la misma cláusula del contrato laboral, consistió en el pago de bonificación por servicios, prima de servicios extralegal, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación especial de recreación, con las características y especificidad allí anotadas, de ahí que se concluya, de cara al referente normativo, no solo su inaplicabilidad, sino del porqué en el transcurso de la vinculación en ningún momento se realizaron descuentos de cuotas sindicales.

Y es que no puede ser de otra manera, debido a que la cláusula contractual que se suscribió refleja la intención del actor de no beneficiarse más allá de las prestaciones sociales ofrecidas por el empleador, de ahí que encuentre razón a la censura cuando indica el dislate en que incurrió el Juzgador de primera instancia. En ese punto, la Sala debe precisar que tal nexo contractual debió analizarse *"a la luz de elementos pragmáticos-contextuales que permitan desentrañar la intención de las partes (...) para descifrar adecuadamente sus intenciones y propósitos"* (SL5159-2018), razón por la cual, siguiendo dicha tesitura, el párrafo segundo debía comprenderse al margen de las demás disposiciones, fundamentalmente de la misma cláusula sexta, para así llegar a colegir sobre la verdadera intención de las partes cuando esta se firmó.

Intención que fácilmente se podía deducir de la disposición en su conjunto y que no es otra que la voluntad del trabajador no fue la de acogerse a los beneficios convencionales, sino, al régimen prestacional que su otrora empleadora le anunciaba, lo cual, lógicamente

le presupone la renuncia o no aceptación, se repite del texto extralegal, de ahí que se dejará constancia en el contrato de trabajo por las partes en esa forma.

Luego con arreglo a dichas consideraciones, es claro que, al ser el contrato de trabajo bilateral y conmutativo, las partes se obligaron a él, entendiéndose que aquel se ejecutó de buena fe y obliga no solo a lo que en él se expresa, sino también a las normas que por su naturaleza le pertenecen, según las voces del artículo 55 del CST, de allí que el empleador asumió su obligación de pagar los emolumentos que previamente se estipularon por las partes.

Lo anterior, guarda mayor relevancia cuando la Sala no avizora que hubo desmejora en la situación del trabajador en relación con la convención colectiva de trabajo, para entender que la cláusula del contrato resulta ineficaz y por tanto no produce ningún efecto, en los términos del artículo 43 del CST, como lo pretende la parte demandante desde el libelo demandatorio. Lo anterior, por cuanto en la misma disposición contractual se dejó por sentado el régimen especial de remuneración que iba a gobernar en el transcurso del vínculo laboral, para así renunciar expresamente a la convención colectiva de trabajo.

Ahora bien, llama la atención de la Sala que, si se observa con detalle el libelo genitor, el actor nunca desconoció que renunció a los beneficios convencionales, sino, que todo su andamiaje argumentativo apuntó a que la cláusula contractual es ineficaz, en tanto que al suscribirse se quebrantó su derecho fundamental de asociación en la suscripción, solicitando su anulación. De esta forma, se reafirman las inferencias que esta Corporación viene haciendo atinentes a la inaplicabilidad del texto extralegal, lo cual pone en evidencia, no solo el error en que incurrió el A quo, cuando aduce que la intención del actor no fue la de renunciar al texto extralegal, sino que aquel pretendió únicamente beneficiarse del régimen prestacional que su otrora empleadora le puso de presente y que al cabo de su aceptación canceló.

En punto en lo que hace a que se quebrantó su derecho fundamental de asociación, las citadas inferencias también sirven para advertir, que ningún desconocimiento hubo a sus prerrogativas constitucionales, a partir de que su voluntad no fue la de acogerse al texto extralegal, sino a los beneficios del régimen especial de remuneración que se endosó en el contrato de trabajo; todo lo cual, haciendo uso precisamente de su libertad iusfundamental, que evidentemente ejerció.

Así las cosas, es factible colegir que el trabajador renunció, de manera voluntaria, a los beneficios de la convención colectiva de trabajo para acceder a otros incentivos del régimen prestacional de la empresa, razón por la cual, no le asiste derecho alguno para reclamar la reliquidación de sus aportes pensionales, ya que, si bien la cláusula 38 del texto convencional señala que sus prerrogativas se hacen extensibles a todos los trabajadores, también lo es que dicha disposición contempla la posibilidad de que aquellos puedan renunciar voluntariamente a sus beneficios, caso en el cual no se harían los descuentos sindicales, aspecto que como se dijo ocurrió en el asunto de marras al expresar el demandante su declive.

Lo anterior, además, pone de relieve que el actor pretende beneficios extralegales, sin fundamento legal, convencional o extralegal alguno, de ahí que se siga sin más consideraciones que hacer revocar el numeral primero de la sentencia de primer grado, ello en atención a que el pedimento del actor, esto es, la reliquidación de aportes pensionales únicamente está soportado en la convención colectiva de trabajo de la cual quiere beneficiarse, pretensión que ahora se descarta por este Tribunal.

En este punto, no sobra precisar que, contrario a lo afirmado por el A quo, esta Corporación no pueda adentrarse a otros cuestionamientos que no fueron solicitados en el libelo demandatorio, ello no sólo en razón a los principios de consonancia y congruencia que rigen la actuación judicial, sino, además, en garantía del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a las partes.

Costas. En ambas instancias a cargo del actor, por haber sido vencido en juicio.

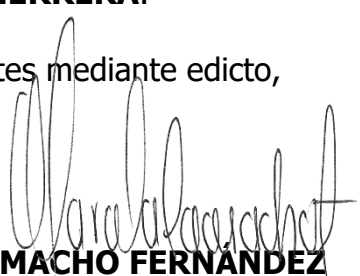
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral 1º de la sentencia proferida el 13 de octubre del 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver a la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. ESP**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por **CARLOS ALBERTO DURÁN HERRERA**, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandada y a cargo de **CARLOS ALBERTO DURÁN HERRERA**.

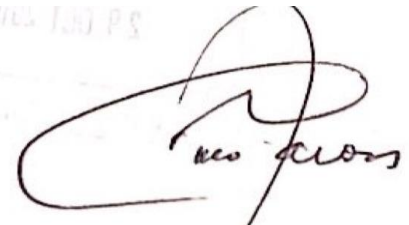
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

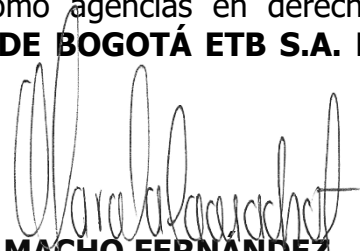


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

-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-

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. ESP** y a cargo del demandante en la suma de \$250.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: YEINNY DARMELI RODRIGUEZ SALGADO
Demandada: FUNDACIÓN ELECTRONICO DE IDIOMAS C.E.I., Y OTRO.
Radicado No.: 110013105-015-2018-00043-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. FABIAN HERNANDO RIVAS ÁLVAREZ, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la parte demandada, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Yeinny Darmeli Rodríguez Salgado instauró demanda ordinaria contra la Fundación Centro Electrónico de Idiomas C.E.I. y Luis Jaime Pabón Mahecha, con el propósito de que se declare con la primera la existencia de una relación laboral, con fecha de iniciación el 05 de febrero de 2012 y terminación el 19 de abril de 2017. En consecuencia, se condene a la encartada y solidariamente a Luis Jaime Pabón Mahecha al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización de los 180 días, sanción moratoria del artículo 65 del CST, los aportes a salud y pensión, la indexación, lo ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que empezó a laborar para la sociedad demandada el 05 de febrero del 2012, desempeñando de manera personal en el cargo de Manejo de Personal de Docentes, con un salario mensual de \$1.700.000; que desempeño su labor en las instalaciones de la empresa demandada, recibiendo funciones asignadas por Luis Jaime Pabón Mahecha en calidad de representante legal, y en jornada de lunes a sábado de 7 am a 8:30 pm; que el 19 de abril de 2017 le fue notificada de una auditoria y que debía apartarse del cargo que venía desempeñando, pero jamás la volvieron a reintegrar al cargo; que el 1 de mayo de 2017 se enteró que tenía 4 semanas de embarazo, es decir, para la fecha en que se la separó del cargo ya gozaba de protección constitucional reforzada; que interpuso acción de tutela el 14 de julio de 2017, y fue resuelta a través de sentencia del 28 de

julio de 2017, mediante la cual el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá tuteló el derecho fundamental a la seguridad social en calidad de mujer gestante, ordenando efectuar las cotizaciones a la seguridad social durante todo el tiempo de gestación, incluyendo las dejadas de percibir con motivo de su desvinculación, decisión que fue confirmada el 9 de noviembre de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá; que a la fecha de radicación de la demanda la demandada no ha dado cumplimiento a la orden impartida en la acción de tutela; que el señor Luis Jaime Pabón Mahecha en calidad de representante legal ordenó el no pago de las prestaciones sociales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, cotizaciones a la seguridad social, indemnización por despido y demás acreencias laborales desprendidas de la relación laboral; que durante la vigencia de la relación laboral no las acreencias peticionadas en el acápite de pretensiones. (Pág. 2 a 12).

2. Contestación de demanda. Luis Jaime Pabón Mahecha y Fundación Centro Electrónico de Idiomas C.E.I: Al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones al no encontrar respaldo en la realidad de los hechos y actuar de mala fe la demandante, ello en la medida en que abusó de la confianza puesta en ella; que en auditoria del 19 de abril de 2017 arrojó como resultado inconsistencias contables según el arqueo de la caja y comprobantes de ingreso y egreso, derivándose un "hurto continuo y agravado" cometido por la actora; que después de los resultados de la auditoria la demandante decide de su puño y letra aceptar haberse equivocado y por tal razón renunció. Como excepciones de mérito rotulo las de inexistencia de las obligaciones demandadas, perdida del derecho, mala fe, y abuso de confianza. (Fols. 60 a 89).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 01 de febrero del 2021, en la que el fallador declaró que entre Yeinny Darmeli Rodríguez y la Fundación Electrónica C.E.I existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 5 de febrero de 2012 al 20 de abril de 2017; condenó a la Fundación Electrónica C.E.I al pago de \$4.466.548 por concepto de cesantías, \$ 449.319 por intereses a las cesantías, \$4.466.548 por prima de servicios, \$2.057.431 por vacaciones, \$ 23.466.936 por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del CST; autorizó a la Fundación Electrónica C.E.I. a la retención de las cesantías de \$4.466.548 hasta que la justicia penal resuelva, caso en el cual si la justicia penal condena a la actora, se imputara tal valor como perjuicios a favor de la demandada, y en el evento de ser absolutoria, se deberá consignar o pagar por el empleador de manera inmediata tal concepto a favor de la actora, se pena de que nuevamente empiece a generar nuevamente la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, precisando que a partir del mes 25 se condena a la parte demandada al reconocimiento de los intereses a la tasa más alta autorizada por la ley, sobre las sumas que son objeto de condena, como cesantías, intereses a las cesantías, y prima de servicios; ordenó la indexación de lo condenado por vacaciones (\$2.057.431), desde el 20 de abril de 2017 hasta cuando se efectuó su pago; absolvió de las demás pretensiones, y gravó en costas a la demandada.

Para arribar a tal decisiva, en lo que interesa para resolver la alzada, en primer término, indicó que debía proponerse a verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual trajo a colación lo señalado en el artículo 24 del CST, indicando que aquella preceptiva establece una garantía a favor del trabajador que consiste en que se presume toda relación de forma personal que está regida por un contrato de trabajo, lo cual implica para el empleador desvirtuarla.

Así las cosas, aludió que, en el caso concreto se logró demostrar la prestación personal del servicio, con el cual operó la presunción legal, misma que no fue derruida por la entidad demandada, ya que conforme la prueba testimonial prestaba un servicio personal en las instalaciones de la entidad demandada, cumplía un horario de trabajo, y era objeto de llamados de atención, circunstancias que al contrario de desvirtuar la presunción la reafirman. En ese sentido, atendiendo al contenido de la certificación de folio 37 y folio 91 se declaró la existencia de la relación laboral desde el 05 de febrero de 2012 hasta el 20 de abril de 2017. Preciso frente al salario devengado, que si bien obraba una certificación laboral en la que se establece la suma de \$1.700.000, lo cierto es que, de la prueba testimonial y del interrogatorio del demandado, se trató de una certificación expedida para hacerle un favor a la demandante, de la que inclusive tiene una investigación penal una de las testigos, por lo que adujo como salario devengado el valor que confesó el representante legal de la demandada de \$800.000, al no existir prueba de haber recibido valor diferente.

Conforme lo anterior, y al no haberse propuesto la excepción de prescripción por la encartada, procedió a impartir condena por acreencias laborales de las cuales no se evidencian pagos, así: \$4.466.548 por concepto de cesantías, \$ 449.319 por intereses a las cesantías, \$4.466.548 por prima de servicios, y \$2.057.431 por vacaciones.

Sobre la prejudicialidad consideró que se logró acreditar que contra la actora se tramita ante la justicia penal una denuncia, el cual está en indagación preliminar por haberse apropiado presuntamente de unos recursos, razón por la que, al estar apenas en indagación preliminar no hay lugar a ninguna prejudicialidad; sin embargo, de conformidad con el artículo 250 del CST, se dispuso autorizar al empleador la retención de las sumas que corresponden a las cesantías hasta que la justicia penal decida, esto es, si es condenada la demandante, dichas sumas de cesantías serán imputadas al daño total o parcial de los perjuicios que se puedan establecer a favor de la demandada por la acción delictiva de la actora. De la misma manera, si es absuelta y es archivada la investigación penal, entonces debe proceder inmediatamente el empleador a pagar dichas cesantías retenidas de manera temporal.

Respecto a la indemnización por despido, adujo que no tiene vocación de prosperidad al demostrarse que lo ocurrido fue de conformidad con el documento de folio 91 fue el retiro o denuncia por parte de la actora; frente a la indemnización moratoria, precisó que no se observa ninguna razón atendible para que no procediera a pagar en debida forma las prestaciones sociales a la finalización de la relación laboral, por lo que dio prosperidad a la misma, procediendo a impartir condena por valor de \$23.466.933, por los primeros veinticuatro meses, y a partir del mes veinticinco se procederá el pago de los correspondientes intereses moratorios a la tasa más alta vigente y certificada por la Superintendencia hasta cuando se produzca el pago. (Fol. 504 a 505 con Cd de audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, formularon recurso de apelación ambas partes procesales:

4.1 Fundación Centro Electrónico de Idiomas C.E.I.: Manifestó no estar de acuerdo con la existencia de la relación laboral, ya que no se tuvo en cuenta los testimonios rendidos por la señora Maryori y Lorena, toda vez de que ellas argumentaron que la aquí demandante tenía un contrato por prestación de servicios y era autónoma e independiente, y que se trató de una relación de prestación de servicios coordinada frente a las necesidades que tenía en ese momento la sede Chapinero de la entidad encartada; igualmente, no está conforme con la condena por sanción del artículo 65 del CST, toda vez que tal sanción opera ante la falta de pago de salarios,

prestaciones sociales dejadas de percibir al momento de la terminación del contrato, empero, se debe tener en cuenta que se encuentra todavía una denuncia en la jurisdicción penal en la que se puede evidenciar unos dineros que hacen falta frente a las nóminas y archivo de la fundación demanda, es decir, se demostró mala fe por parte de la demandante, y por ello, se retuvieron tales conceptos mientras se decidía en un proceso laboral como es este, toda vez de que no es capricho de la demandada no pagar esas acreencias o unas prestaciones, máxime que la misma demandante allega prueba de los pagos irregulares realizados y que efectivamente no están contemplados dentro de las funciones que se le habían encomendado a la actora.

4.2 Demandante: Presentó inconformidad respecto a lo decidido sobre la prejudicialidad, toda vez que no hay lugar a la aplicación del artículo 250 del CST, pues no se ha podido establecer ningún acto delictuoso por parte de la aquí demandante, y la parte demandada jamás tachó a los testigos de falsos o dudosos, no interpuso tampoco demanda de reconvención ni avizó algún detrimento económico por parte de la demandante, máxime que en el asunto penal todavía no está establecida la cuantía, sino que mencionan que algo se robó o que algo cogió, pero no qué cantidad o qué sucedió con ese dinero; que no se encuentra acreditada la existencia de un proceso penal, pues aún no se ha formalizado la investigación con la formulación e imputación conforme a las reglas establecidas por el Código Penal o de Procedimiento Penal, en tanto que solo existe una simple denuncia que solo da inicio a la fase de indagación preliminar en el sistema penal; respecto a los salarios, manifestó que el representante legal confesó que fue él quien firmó la certificación laboral, y ese documento, tampoco fue tachado de falso, y en aquel se dice que ganaba un salario básico más unas comisiones que él siempre le daba y que eso redondeaba en el salario de millón trescientos (\$1.300.000).

5. Alegatos de conclusión. La parte demandada allega alegatos solicitando que se revoque la decisión de instancia y se absuelva de todas las suplicas, dado que no quedó acreditada la existencia de la relación laboral, ni los elementos que la componen, además se pudo demostrar la falta cometida por la actora.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes 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.

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

(i) ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo o, por el contrario, la demandada logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral dentro de los extremos temporales solicitados en la demanda? En caso de declarar la existencia de la relación laboral (ii) ¿La parte demandante logra acreditar el salario devengado en la suma que refiere en la certificación laboral allegada al plenario? (iii) ¿Procede la indemnización moratoria del artículo 65 del CST? (iv) ¿Se configura los presupuestos del artículo 250 del CST para retener las cesantías hasta tanto se tome una decisión en el proceso penal?

i) Relación laboral

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

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

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

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada"* (criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

En el sub – lite, se tiene que frente a la prestación personal del servicio y sus extremos no se presenta disenso por las partes, la cual se reafirma y corrobora no solo con la contestación de la demanda, con la prueba testimonial, sino también con el contenido de la certificación laboral de folio 37, en la que se expresa que la señora YEINNY DARMELI RODRIGUEZ SALGADO, prestó los servicios a la demandada desde el 05 de febrero de 2012, y finalizó el 20 de abril del 2017 (Fol. 91) por retiro o renuncia presentada por la actora, aspectos que fueron delimitados de esa manera por el cognoscente de instancia, sin presentarse reparos en la alzada, ya que el único disenso al respecto está relacionado con la valoración a los testimonios de Maryori y Lorena, quien según su parecer dieron cuenta de que en la prestación del servicio fue autónoma e independiente.

En ese orden, al haberse acreditado la prestación personal del servicio, da lugar a la inversión de la carga de la prueba, en donde la entidad encartada deberá desvirtuarla de manera fehaciente, controvirtiendo la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "onus probandi", *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"* (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de *"reus, in excipiendo, fit actor"*, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016), situación que no sucedió en el presente litigio, toda vez que la pasiva no logró desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST.

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data

tienen aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citados por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en la que se hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T, y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral, el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de **suficiente peso y solidez** para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

En este mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un "*haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta*"

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompasan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que la Fundación Centro Electrónico de Idiomas C.E.I., no logró derruir la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada, pues de los testimonios recabados y de cargo de la parte demandada, no logra extraerse ese suficiente peso y solidez para demarcar que la relación laboral de la actora era "autónomo e independiente", veamos:

La señora Maryory Pabón Gavilán, hija del representante legal de la entidad enjuiciada manifestó que conoció a la actora quien prestó sus servicios para la Fundación Centro Electrónico de Idiomas C.E.I.; sin embargo, en la mayoría de sus respuestas repitió "no sé qué tipo de relación han tenido", es decir, que ni siquiera da cuenta de aspectos de tiempo, modo y cantidad de cómo se desarrolló la relación laboral entre las partes, y respecto a la jornada laboral acudió al dicho de terceras personas, ya que al inquirírsele sobre el ingreso o salida de la actora del lugar de trabajo mencionó que *"la gente sí me contaba que ella, unos días llegaba a medio día, otros días no iba, otros días llegaba temprano y así"*.

Igualmente, ligó el tema de la autonomía con la confianza que la actora tenía con su padre o representante legal de la demandada, para manifestar que la actora manejaba su tiempo o tenía independencia en su tiempo; no obstante, ello solo resulta ser una apreciación subjetiva de la actora, pues reafirma sus dicho en lo que otras personas aduce le contaron, no porque directamente haya presenciado como se desarrolló la relación laboral al servicio de la Fundación Centro Electrónico de Idiomas C.E.I..

En lo que concierne a la señora Lorena González Lara, aquella solo refirió la supuesta autonomía en lo que refiere al cumplimiento del horario, es decir, dijo que la actora era muy autónoma e independiente de su puesto de trabajo, ya que a veces llegaba a las 7 o se iba temprano; pero considera la Sala que esa autonomía referida por la testigo no constituye el elemento diferenciador entre una relación subordinada y el contrato de prestación de servicios, máxime cuando no le consta cómo se desarrolló la labor, ya que ella estaba ubicada en la parte de afuera, mientras que la actora en la parte de adentro, por lo que ni siquiera dio cuenta si se presentaron llamados de atención o se le impartieron instrucciones por parte del representante legal, tal como si lo refirieron las testimoniales traídas por la parte demandante, quienes fueron compañeras de trabajo y con suficiencia narraron de manera espontánea el cumplimiento de una jornada laboral, las instrucciones dadas por el representante legal, la hora de llegada o salida y la prestación del servicio en las instalaciones de la empresa de lunes a sábado.

Así las cosas, la prueba testimonial traída por la parte pasiva no cuenta con la suficiente entidad, ni se reviste de la solidez y contundencia necesaria para descartar la relación laboral subordinada, al contrario sus dichos encajan en varios de los indicios referidos en la jurisprudencia nacional acordes a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, a saber, (...) *la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020)*: lo que aconteció con la función desplegada por el representante legal de encartada, pues era el quien daba las instrucciones o autorizaba lo que se hacía o no en la entidad, y aquí descendemos al otro indicio, consistente en *"cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019)"*, pues no puede la Colegiatura aceptar una relación de tipo civil extendida entre el 05 de febrero del 2012 al 20 de abril de 2017, es decir, por espacio de 5 años en un cargo administrativo de la entidad demandada, y ello nos lleva a configurar el siguiente indicio, relativo al *"desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393)"*, ya que de ninguna manera puede aceptarse que el ocupado por la actora se considere ajeno a la estructura interna de cargos de la entidad, máxime cuando se extendió por más de 5 años, dicho de otro modo, si el cargo desempeñado por la actora no constituye un cargo en la estructura empresarial, su prestación del servicio hubiera sido temporal y esporádica para una actividad determinada, lo que no acontece en el sub lite, ya que se presentó una continuidad en el despliegue de su fuerza de trabajo en favor de la encartada en procura de desarrollar de manera principal su objeto social.

Igualmente, no puede pasar por alto la Judicatura que la prestación del servicio en el lapso que duró su vínculo laboral, se desarrolló en "*los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020)*" y con "*el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019)*", circunstancia que fue corroborada por los testigos recabados, e incluso por la testigo de cargo de la enjuiciada, quien manifestó que el puesto de la actora estaba adentro y el de ella afuera, lo que connota que la actora debía en estricto sentido prestar sus servicios en la infraestructura de la empresa y con las herramientas que aquella suministraba.

Estos indicios plurales, concordantes y convergentes, valorados en conjunto, conducen a la certeza de la existencia del hecho desconocido que se pretende establecer, esto es, la existencia de una relación laboral entre las partes en litis, por ende, al ser los indicios medios probatorios conforme a lo estipulado en el art. 165 del CGP y al encontrarse acreditados los requisitos del art. 260 del mismo estatuto, no queda otro camino que confirmar la declaratoria de su existencia, advirtiéndole que si bien la defensa de la entidad empleadora estuvo encaminada a demostrar que la actora fungió como contratista autónoma e independiente, considera la Sala que conforme a la Jurisprudencia sobre este tópico, lejos está la actora de ser considerada como tal, no solo por lo dicho en precedencia, sino también porque "*la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación*", lo que se itera, ni de asomo se configura en el presente caso, muy a pesar de que en el plano formal el representante legal aduzca que por más de 15 años ha contratado a todo su personal de esa manera y no ha tenido inconvenientes.

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación resulta desatinado, cuando el hilo conductor de las probanzas recaudadas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación atinó el Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes fue netamente laboral y en tal sentido, se **CONFIRMARÁ** la sentencia recurrida en este tópico.

Salario devengado

Al respecto, es pertinente reseñar los predicamentos de la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, Radicación No 43377 (SL16110-2015), respecto de la carga de la prueba por activa frente a la necesidad de probar algunos presupuestos de la relación laboral o contrato de trabajo, en cuyo apartado pertinente relieves, que:

*"además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, **también al promotor del proceso le atañe acreditar** otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, **el monto del salario**, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros"* (Subrayas de la Sala).

Debe advertirse que en el *sub judice*, el cognoscente de instancia afincó la condena con el salario que confesó el representante legal de la demandada, es decir, \$800.000 más los reajustes anuales; empero, la parte activa insiste en que debió tenerse en cuenta el salario reportado en la certificación laboral de folio 37, en la que se enuncia que el salario fue de \$1.700.000 mensuales.

Ante tal dicotomía, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que, si bien el juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, lo cierto es que el ejercicio ponderativo del juez debe ser de mayor rigor a fin zanjar la controversia adecuadamente, pues al tratarse de una prueba documental, se debe *"valorar intrínsecamente su contenido conforme a las reglas de valoración probatoria y la sana crítica previstas en el C.P.C. y C.P.T y S.S. respectivamente"* (SL-6557-2016).

Conforme lo anterior, nótese que tal certificación (Fol. 37) hace relación a que la actora devengaba un salario mensual de \$1.700.000, documental firmada por el representante legal Luis Jaime Pabón Mahecha; sin embargo, aquel manifestó en el interrogatorio que tal certificación la efectuó para hacerle un favor a la actora, en los siguientes términos:

"Lo único que sé es que en una ocasión que iba a comprar un carro o una sanduchería, que le diera una certificación laboral y yo, de buena fe, le expedí una certificación de que era empleada y la cuestión, porque necesitaba para tener un apartamento o algo así; como lo había hecho a varios empleados este favor, e inclusive, en el Fondo Nacional del Ahorro le expedí la certificación de buena fe. Pero ella no solamente abusó de la confianza, sino que se hizo expedir certificaciones que dizque trabajaba con salarios de dos o tres millones de pesos (\$2.000.000 ó \$3.000.000) y esa cuestión que me vine a enterar últimamente, pero eso nunca fue cierto".

Afirmaciones que se corroboran con el dicho de la testigo traída por la parte actora, la señora Tania Díaz Ávila, quien fue compañera de trabajo de la demandante y recibía instrucciones de la misma, quien manifestó que en una ocasión y por favor petición de la actora *"se expidió un certificado laboral con un valor mayor al del sueldo de ella para que le dieran unas tarjetas de crédito, pero entonces, con ningún fin malintencionado con el instituto"*, certificación que obra a folios 92 y 92.

Conforme lo trasuntado, y valorada la prueba en su conjunto con las demás probanzas allegadas al plenario, no puede esta Sala de manera desprevenida dar por probada que el salario devengado por la actora correspondía al que establece la certificación laboral allegada por la actora, pues incluso al sustentarse la alzada, se afirma que ganaba un salario básico más unas comisiones y que eso "redondeaba" en el salario de millón trescientos (\$1.300.000), es decir, que no se concretó de ninguna manera el supuesto salario devengado, ni se probó que el valor certificado en los documentos atrás referidos corresponda al valor devengado, ya que no se anexó por la activa algún desprendible de pago que diera cuenta o constatará el mencionado valor, al contrario, de las documentales de folios 35 a 40 se otean pagos de \$760.000 y \$860.000, lo que coincide con la confesión del representante legal de que el salario ascendía a \$800.000 más incrementos anuales, tal como lo tuvo en cuenta el a quo y con el que procedió a impartir condena, razón por la cual, se desestima la alzada en este tópico, por lo se procede a la confirmación de la decisión de instancia en este aspecto.

Prejudicialidad

Al respecto, baste referirse a lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de radicado No 42167 del 6 de marzo de 2012, reiterada en la SL7888-2015, en la que expresó:

"En lo que tiene que ver con la negativa del a quo a decretar la prejudicialidad penal, además de que no se acreditó en el proceso laboral lo resuelto dentro de la denuncia penal que se instauró contra el actor, es menester reiterar que en materia laboral se tiene adocinado que el Juez de trabajo no debe esperar el resultado del juicio penal, ni supeditar su decisión a que esa actuación exista o no".

Lo primero que acota la Sala es que el a quo no se equivocó al continuar con el proceso ordinario laboral y culminarlo con la sentencia respectiva, pues el hecho de que el proceso penal adelantado en contra de la aquí demandante se encuentre en indagación preliminar no es obstáculo para continuar con el trámite del proceso ordinario laboral, además porque en nada incide respecto a la declaratoria de la existencia de la relación laboral la decisión que se pueda tomar en el proceso penal, pues uno y otro proceso son independientes.

Además, la censura sobre este tema se contraer a dos aspectos, el primero, a que no debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 250 del CST, y el segundo, a que la actora ha obrado de mala fe al estar en curso un proceso penal en su contra, y por ende, no le asiste derecho a la sanción moratoria.

Retención de las cesantías- artículo 250 del CST.

Establece el artículo 250 del CST que:

"El trabajador perderá el derecho de auxilio de cesantías cuando el contrato de trabajo termina por alguna de las siguientes causas:

a). Todo acto delictuoso cometido contra el {empleador} o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero en afinidad, o el personal directivo de la empresa;

(...)

2. En estos casos el {empleador} podrá abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida".

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia con radicación No 5830 de 1993, se expresó:

"El auxilio de cesantía que puede retener el patrono, en el caso de que el trabajador hubiere cometido delito o delitos contra la empresa, tiene una clara y específica destinación: cubrir el monto total de la indemnización judicialmente establecida, que como consecuencia de la falta tiene obligación de satisfacer el trabajador. Pero es obvio, en cuanto el mismo precepto ni expresa ni tácitamente da a entender que el derecho al auxilio de cesantía se pierda como sanción del delito, que dicho auxilio, en cuanto exceda de lo que judicialmente se establezca como monto de la obligación resarcitoria, pertenece al trabajador

y a él debe entregársele, luego de la imputación respectiva al pago de la indemnización que esta deba hacer”.

De lo que viene dicho, acota la Sala que el artículo 250 del CST faculta la retención de las cesantías causadas por el trabajador, siempre y cuando *“el contrato de trabajo termina por alguna de las siguientes causas”*, entre estas los actos delictuosos, lo que no acontece en el sub examine, pues si bien se allegó el trámite del proceso penal y que el mismo se inició por irregularidades en una auditoria, lo cierto es que la relación laboral no finalizó por una decisión unilateral del empleador sino por “retiro” o renuncia de la demandante, y así quedó establecido en la decisión de instancia, sin que fuera objeto de disenso por la parte actora, razón por la cual, muy a pesar de que con posterioridad al retiro de la accionante se haya iniciado el proceso penal, no habilita al a quo para aplicar la retención de las cesantías que debió en su momento reconocer el empleador.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el numeral 2° del artículo 250 del CST, establece que el empleador *“podrá abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida”*; empero, en el sub examine no se encuentra demostrado que para el 20 de abril de 2017 la Fundación Centro Electrónico de Idiomas C.E.I. se hubiera abstenido de pagar las cesantías en razón al eventual delito de la actora, sino que se abstuvo de pagar incluso la liquidación final de prestaciones con otro fundamento, esto es, que entre las partes no existió una relación laboral subordinada sino un contrato de prestación de servicios, aspecto que no se tuvo en cuenta el a quo.

Las anteriores razones son suficientes para determinar que en el asunto bajo examen no se cumplen los presupuestos del artículo 250 del CST, y por ende, habrá de revocarse tal autorización de retención de cesantías a favor de la demandada, precisando que, *“Nada impide que el patrono se constituya en parte civil dentro del correspondiente proceso penal, o inicie ante la justicia ordinaria el correspondiente proceso, para el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la conducta del trabajador”*(C-710/96)

Indemnización moratoria

Respecto a esta pretensión 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 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, 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 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 existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuenta, sin mayores discusiones, que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través de la citada forma de vinculación, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló la actora a favor de la llamada a juicio, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como una contratista independiente y autónoma, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanción que persigue la parte actora. Asimismo, no exime de tal sanción los hallazgos de la auditoria o el hecho de que se haya iniciado un proceso penal en contra de la demandada, pues como se dijo en líneas anteriores, son dos procesos diferentes, y en el caso concreto de la sanción moratoria impuesta se habilita al haberse constatado la existencia de una verdadera relación laboral y la falta de pago de las prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, independientemente del tema penal en el que se encuentre inmersa la activa.

En ese orden, y atendiendo a que la alzada no discute la manera como se procedió a ordenar el pago de la indemnización moratoria, al margen de lo expresado por el a quo, y como quiera que se revocó la retención de las cesantías, se adicionará en lo que respecta a la condena por indemnización moratoria que a partir del mes 25 proceda al pago de los correspondientes intereses moratorios a la tasa más alta vigente y certificada por la Superintendencia hasta cuando se produzca el pago de lo adeudado por prestaciones sociales.

De lo expuesto, y al no haber más puntos de apelación por resolver, se revocará la decisión que ordenó la retención de las cesantías, modificándose la condena por indemnización moratoria, y confirmando en lo demás la sentencia de primer grado.

Costas

Sin costas en esta instancia, pues el recurso propuesto por la actora prosperó parcialmente. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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 TERCERO de la sentencia proferida el 1 de febrero del 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual autorizó a la demandada la retención de las cesantías, para en su lugar, **ORDENAR** el pago de tal concepto en los términos y valor a que se refiere el NUMERAL SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación.

SEGUNDO: MODIFICAR el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida el 1 de febrero del 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

(...)

5. *Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., el valor de **\$23.466.936**, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo calculado desde el 21 de abril del 2017 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta el 21 de abril de 2019. A partir del 22 de abril de 2019 deberá procederse al pago de los correspondientes intereses moratorios a la tasa más alta vigente y certificada por la Superintendencia hasta cuando se produzca el pago de lo adeudado por prestaciones sociales.*

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: *MARÍA FERNANDA ARBELAEZ IZQUIERDO*
DEMANDADO: *COLPENSIONES Y OTROS.*
RADICACIÓN: *1100131050-029-2019-00067-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA*
TEMA: *INEFICACIA TRASLADO*

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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 a la Dra. ALIDA DEL PILAR CIFUENTES MATEUS, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA FERNANDA ARBELAEZ IZQUIERDO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado de RPMPD al RAIS; que como consecuencia de lo anterior se declare para todos los efectos legales que ha permanecido afiliada en el RPMP; que se ordene el traslado de los aportes realizados en el RAIS al RPMPD, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 25 de noviembre de 1985; que se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 14 de diciembre de 2001, y posteriormente el 15 de marzo de 2015 se trasladó a PROTECCIÓN S.A.; que las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., no le brindó asesoría al momento del traslado y, finalmente, que solicitó a COLPENSIONES la anulación del traslado, pero le fue negado. (fol. 30 a 51).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 131); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se efectuó el traslado de régimen; que el traslado se realizó en cumplimiento de las normas legales, lo que lo hace presumir válido y eficaz; que no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones y prescripción (fols. 78 a 87).

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Se opone a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el acto de afiliación es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el acto de traslado se realizó de manera libre y voluntaria, con la firma del formulario como señal de aceptación; que las expectativas económicas sobre el monto pensional no pueden no pueden dar lugar a declarar la ineficacia o nulidad del traslado; que el actor se encuentra en la limitante para trasladarse, ya que está a menos de 10 años o menos para pensionarse. Como excepciones de fondo expuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica. (Fols. 89 a 103).

3.2 AFP PORVENIR S.A. Se opone a las suplicas de la demanda con fundamento en que no podía para la fecha del traslado exigírsele a la AFP circunstancias sobre las cuales no era obligatorio como las proyecciones entre uno y otro régimen; que la rúbrica en el formulario de afiliación debe tomarse como el nacimiento a la vida jurídica de un acto lícito, consentido e informado; que la decisión de traslado fue libre, espontánea y sin presiones. Como excepciones de mérito expuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, y la innominada o genérica. (Fols. 135 a 142).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de noviembre de 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación realizada el 14 de diciembre de 2001 a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., declarando que para todos los efectos legales nunca se trasladó al RAIS; ordenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno; ordenó a COLPENSIONES a recibir los valores trasladados y actualizar la historia laboral de la actora; ordenó a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración que hubiese descontado por el tiempo que permaneció la actora afiliada a tal AFP. Finalmente se abstuvo de imponer costas.

Su decisión se basó en que de conformidad con el criterio de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 se ha venido sosteniendo que la falta al deber de información genera la ineficacia del traslado, invirtiéndose la carga de la prueba, es decir, el fondo debe demostrar si suministró la información, lo cual aplica para todos los afiliados independientemente si son o no beneficiarios del régimen de transición y tienen una expectativa legítima.

Señaló que en el caso de autos no se demostró por la AFP el suministro de información al momento del traslado, y que aquella información no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que al evidenciarse la falta de información, lo procedente

era declarar la ineficacia del traslado inicial, sin que se subsane tal falencia con los traslados posteriores.

Ordenó el traslado de los aportes juntos con los gastos de administración, tanto para la primera AFP como para la posterior donde realizó el traslado en el mismo régimen.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión las siguientes partes procesales interpusieron apelación:

6.1 PORVENIR: Manifestó que la demandante se afilió a HORIZONTE hoy PORVENIR de manera libre y voluntaria en atención a la formalización de un contrato de trabajo por sugerencia de su empleador, sin que hubiera mediado engaño, coacción o vicio alguno en el consentimiento; que la demandante también le asiste el deber de acercarse a la AFP a preguntar, además que este asunto no se enmarca en los casos que ha tratado la Corte, pues no fue el agente de HORIZONTE que se acercó a persuadirla para que se cambiara de fondo, sino que fue voluntad de la demandante por sugerencia de su empleador; que en caso de confirmar la ineficacia del traslado, solicita se revise lo relacionado a los gastos de administración, toda vez que estos comprenden las comisiones y seguros previsionales, estos últimos ya descontados y dirigidos a un tercero; que su cuenta se encuentra con un saldo en cero (0); que los seguros previsionales están destinados a cubrir los riesgos de invalidez y muerte, durante su permanencia en el fondo, beneficiándose de estos; que los descuentos se hacen por disposición legal.

6.2 PROTECCIÓN: Apeló la decisión en lo relacionado con los gastos de administración señalando que la deducción que por gastos de administración se hizo por disposición legal; que son descuentos ya causados; que en caso de ordenarse el traslado de los gastos de administración no debería ordenarse el traslado de los rendimientos, ya que estos no se generan en el régimen de prima media, y además fueron por la buena gestión de la AFP; sí la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado inicial, lo lógico es que solo deben trasladarse el valor de los aportes.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante. Solicite que se confírmela decisión de instancia, dado que comparte el criterio el a quo, mismo que se ciñó a la jurisprudencia vigente sobre el tema.

6.2 Colpensiones. Peticiona que se revoque la decisión de instancia, ya que no es procedente el traslado de régimen, al no demostrarse vicios en el consentimiento, y además estar inmersa en la prohibición legal de retorno al RPMPD.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes 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, así como también se revisará en el grado jurisdiccional de consulta en lo que haya sido desfavorable para COLPENSIONES.

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) ¿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 traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (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 si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora MARÍA FERNANDA ARBELAEZ IZQUIERDO estuvo afiliada con el ISS desde el 25 de noviembre de 1985 al 15 de octubre de 1991, conforme la historia laboral aportada por Colpensiones (fol. 17), que posteriormente suscribió formulario de afiliación el 14 de diciembre de 2001 con HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., según el formulario de afiliación (Fol. 144), y posteriormente, se trasladó el 15 de marzo de 2015 a PROTECCIÓN S.A. (Fol. 104), entidad donde se encuentra actualmente.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 25 de noviembre de 1985, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 01 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., acaecida el 27 de julio de 2000, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La sala mayoritaria no desconoce que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, se establece que a partir del 01º de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones "**deberán**" seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1º de abril de 1994, pues sólo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multifiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4º que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *"los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o **continuar vinculados a éste si ya lo están**"*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 01 de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 27 de noviembre de 1985, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, como lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente, del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 01 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS**, pueden continuar en dicho instituto, **sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación**. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado**." (Negrilla fuera del texto)*

Conforme a lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 01 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada al ISS desde el 25 de noviembre de 1985, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 14 de diciembre del 2001 a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.

De igual manera, vale la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.***

(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida**”.*

De esta manera se reitera que la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1º de abril de 1994 estuvieron afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, 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 él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el

silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2001- 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.

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° 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 demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la 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, de manera que, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, por lo que no se releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Igualmente es equivocada la postura de la AFP del RAIS en manifestar que la información exigible solo era de carácter verbal, pues de conformidad con el artículo 38 del Decreto 692 de 1994 la AFP debía dejar soporte documental y añejarlo al archivo o historia laboral del afiliado, sin que sea suficiente el formulario de vinculación.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos

para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a las AFP apelantes como COLPENSIONES respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen"***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PORVENIR S.A. en el año 2001, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 14 de diciembre de 2004, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se reitera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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 la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin de que consoliden 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, 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-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN SA, (durante el tiempo de permanencia de la actora), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, da cuenta la Sala que se deja por fuera de manera expresa el concepto de comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, y por ende, habrá de adicionarse la decisión de instancia en este tópico.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: ".../as <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. en la alzada, en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

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 del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia confirman.

DECISIÓN

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 y CUARTO** de la sentencia proferida el 15 de noviembre del 2019, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP) para que trasladen a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.. De las de primera, se confirman.

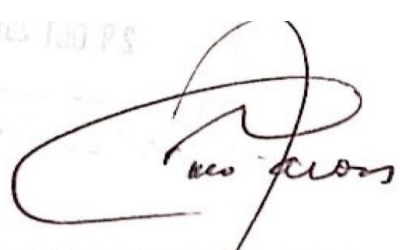
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

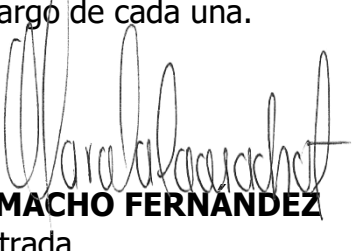


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(Salva voto)

-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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 908.526, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: BENEDICTO SALCEDO MÉNDEZ
Demandada: COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.
Radicado No.: 21-2019-00315-01
Tema: BENEFICIOS EXTRALEGALES- APELACIÓN DEMANDANTE—CONFIRMA.

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º 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. Benedicto Salcedo Méndez instauró demanda ordinaria contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral desde el 14 de junio 2012 al 13 de junio de 2016 a término indefinido en tanto que la cláusula contractual que estipulaba el término del contrato es ineficaz; además, que le es aplicable la convención colectiva de trabajo suscrita entre la demandada y Sintravalores. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de primas semestrales extralegales establecidas en el artículo 26 de la convención colectiva de trabajo, prima de vacaciones, reliquidación de cesantía teniendo en cuenta los factores salariales establecidos en la convención que no le fueron pagados, indemnización legal y extralegal por despido sin justa causa, indemnización moratoria, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que la sociedad Thomas Greg & Sons Transportadora de Valores S.A. cambió su nombre por el de Thomas Prosegur S.A. y posteriormente al de Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., prestando sus servicios a esta mediante un contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de conductor, quien lo capacitó, supervisó, impuso horario y le dio órdenes para el cumplimiento de todas sus labores.

Explicó que entre la enjuiciada y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. "SINTRAVALORES", firmó una convención colectiva de trabajo el día 12 de diciembre de 2007, la cual se depositó ante el Ministerio de Trabajo el día 13 de diciembre del año 2007, cuya vigencia radica entre

el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009, misma que se prorrogó hasta el 21 de octubre de 2015, cuando se depositó una nueva convención.

Agregó que el citado texto extralegal aplicaba, sin distinción, a todos los trabajadores de la compañía, razón por la cual las cláusulas convencionales están integradas al contrato de trabajo suscrito entre las partes, de ahí el carácter indefinido del vínculo laboral y los beneficios convencionales. (fol. 125 a 140).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, a excepción de lo relativo sobre la existencia de la relación laboral y del contrato suscrito por las partes a término fijo. Refirió que la convención que actualmente rige es la suscrita el 20 de octubre de 2015, misma que por expresa disposición legal y al existir varias organizaciones sindicales minoritarias, no es viable su aplicación.

Esgrimió que el trabajador fue vinculado por la compañía el 14 de junio de 2012, mediante un contrato a término fijo, cuando se encontraba vigente el pacto colectivo 2010 – 2014, al que voluntariamente se adhirió, de ahí que la modalidad contractual suscrita fuese permitida, en los términos del artículo 49 del pacto colectivo. Indicó que, con posterioridad mediante comunicación del 27 de junio de 2016, el trabajador decidió afiliarse a la Organización Sindical Sintravalores, lo que implicó que fuese beneficiario de esta, la cual no prohíbe la contratación bajo la modalidad a término fijo.

Propuso como excepciones previas las de cosa juzgada y cláusula compromisoria y, de fondo las que denominó prescripción, compensación, buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demanda y genérica. (Cd a fols. 166 y 182).

3. Trámite procesal. En providencia del 9 de marzo del 2020 se declaró parcialmente probada la excepción de cosa juzgada, en lo que hace a la forma de vinculación del actor a través de contrato a término fijo, el cual fue terminado por expiración del plazo pactado; que no era beneficiario de la convención colectiva, sino únicamente en el capítulo especial de la citada norma.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de septiembre del 2021, en la que la falladora negó las pretensiones incoadas por el actor en contra de la demandada, gravándose en costas.

Para los fines que interesan estrictamente al recurso de apelación, la cognoscente de primer grado indicó que sería del caso entrar a dilucidar la modalidad contractual, los extremos temporales y la terminación de la relación laboral invocada, sino fuera por la existencia de cosa juzgada que declaró y recayó sobre estos aspectos; figura jurídica que también repitió sobre que el actor no es beneficiario de la convención colectiva de trabajo, sino únicamente de los capítulos especiales del pacto colectivo y de la convención colectiva, cuando el trabajador se adhirió a esta última.

De esta manera, aludió a que el pacto colectivo suscrito el 3 de diciembre de 2010 no cumple con el requisito del artículo 469 del CST, en tanto que no fue allegado con la constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo, razón por la cual no podía emprender su estudio. Sin embargo, tal suerte no correría respecto del pacto celebrado el 20 de diciembre de 2013, pues el mismo fue allegado con dicha constancia.

Expuso que no fue materia de discusión desde el libelo demandatorio que al actor no se le hayan cancelado los beneficios del pacto señalado, ni en la parte especial de la

convención colectiva 2015-2019, dado a que sus pretensiones se encuentran dirigidas cuando inicialmente pidió un contrato a término indefinido y buscaba ser beneficiario del texto contractual en su totalidad, no en sus capítulos especiales. Así, destacó el artículo 76 que contempla los artículos aplicables de la convención colectiva de trabajo, entre esas, el artículo 27 referente a la prima de vacaciones, acotando *"que es la única pretensión que sería viable entrar a analizar, porque se remite claramente a estos capítulos especiales, se remite a la convención colectiva; por el contrario, los otros como no fue discusión que aquí no entró a discutirse que si se pagaron bien o se dejó de pagar los derechos que nacían por haberse adherido el demandante, como sostiene la apoderada (...) al pacto colectivo"*

Así, luego de citar lo referente a la prima de vacaciones sostuvo que el trabajador después de afiliarse a la agremiación sindical percibió dicho beneficio, razón por la cual no había lugar a su condena. En lo que hace a la prima de servicios extralegales, dijo que como quiera que *"el actor al plantear las pretensiones del libelo introductorio fue específico en indicar que su reclamo correspondiente a las primas semestrales de junio y diciembre conforme a lo establecido en el artículo 27 de la convención colectiva de trabajo, de entrada se advierte que esta prerrogativa está previsto únicamente para los beneficiarios de todo el estatuto convencional, lo cual no ocurre en el caso del actor, pues entera esto únicamente era beneficiario del capítulo especial del pacto colectivo al cual se adhirió conforme a lo analizado por el Tribunal Superior de Distrito Judicial (...), por lo que se va absolver a la encartada de este pedimento"*

En lo que hace a la reliquidación de cesantías, señaló que como el actor es beneficiario del pacto colectivo y no de la convención colectiva, no entraría a estudiar dicha pretensión. Sin embargo, sostuvo que aun cuando se dejara de un lado la falencia, la convención colectiva de trabajo en su capítulo especial señaló expresamente que los auxilios y beneficios no constituyen factor salarial, de ahí que no procediera el reajuste. (CD a fol. 199)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** formuló recurso de apelación indicando que, si le aplica el capítulo especial de la convención colectiva de trabajo, haciendo alusión a que la compañía enjuiciada le debe las primas extralegales del artículo 74, aspecto que pidió en la demanda, en tanto que solicitó se aplicará la facultad extra y ultra petita que tiene el juzgador. Por otro lado, indicó que el pacto colectivo se aplicó por fragmentos, así como la convención, lo cual considera es totalmente contrario a la Constitución Política, en virtud de la violación al principio de igualdad material y salarial.

Así, refirió que es contrario a dicha prerrogativa constitucional que la prima extralegal de junio y diciembre sea factor salarial para unos trabajadores y a otros no, de manera que el artículo 75 del capítulo especial de la convención colectiva de trabajo sea inconstitucional pues no existe una razón que justifique ese trato diferenciado. Insistió, que la prima extralegal de junio y diciembre del artículo 74 convencional no se le canceló y *"si se trataba de un contrato a término fijo, pues ese contrato entonces también término en el 2016 y en el 2017, y en el 2016 a mi poderdante le debían salarios y prestaciones, como era la prima extralegal de junio y diciembre establecida en el artículo 74, luego allá hay una sanción moratoria que viene corriendo desde el 2016, porque si se trata de un contrato de trabajo a término fijo, pues ese contrato terminó. Lo que pasa es que ese contrato término y se dio uno nuevo de manera instantánea, pero cuando terminó ese contrato se le debía y no habían pasado los tres años y este pedido dentro de las pretensiones la aplicabilidad del artículo 65 de la sanción moratoria, luego allá hay una sanción moratoria desde el año 2016 que tenía que dársele a mi poderdante."*

Agregó que *"en el 2017 lo mismo, se le deben salarios y prestaciones, cuales los del artículo 74 que no se le pagaron a mi poderdante (...) y la naturaleza jurídica de la norma es totalmente, no puede ser de recibo, y no puede ser de recibo porque ella constituye una discriminación absolutamente negativa, sin fundamento jurídico constitucional que les permita a los jueces"*

establecer esa discriminación entre como le pagan, entre como constituye salario los beneficios convencionales (...)" (Cd. a fol. 199).

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. Alegó en su favor que desde el momento de su ingreso a la compañía decidió de forma libre y voluntaria adherirse al pacto colectivo en su capítulo especial, razón por la cual desde esa fecha recibió los beneficios de este acuerdo y si bien es cierto el demandante se afilió a la organización sindical el 27 de junio de 2016, lo claro es que para esta fecha ya se encontraba vigente la CCT 2015-2019, la cual establece en su artículo 70 a quienes les aplica la convención colectiva o la convención colectiva en su capítulo especial, como lo es el caso del actor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- (i) ¿El A quo erró al no dar aplicación a las facultades ultra y extra petita de las que está provista, para imponer el pago de las primas de servicios extralegales que aduce el actor nunca le fueron canceladas?
- (ii) ¿Los beneficios convencionales constituyen factor salarial que dé lugar a la reliquidación de las primas de servicios extralegales en la demandada, en tanto que la cláusula 75 es inconstitucional al ir en contra del derecho a la igualdad del actor?

Relación laboral, extremos temporales y salario

Previo a resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que sobre las siguientes situaciones fácticas operó el fenómeno de la cosa juzgada, en virtud de la decisión tomada por este mismo Tribunal en sentencia calendada del 16 de octubre de 2016 y tal como fue declarada por la Juzgadora de primera instancia y sobre la cual no hubo ningún reproche por las partes:

- (i) La existencia de la relación laboral que ató a las partes entre el 14 de junio de 2012 al 13 de junio de 2017, que se rigió bajo un contrato de trabajo a término fijo y terminó válidamente por expiración del plazo pactado; (ii) la labor de conductor que realizó el trabajador; (iii) que el demandante en el momento de su vinculación se acogió al capítulo especial del pacto colectivo vigente para aquella época; (iv) que el actor el día 27 de junio del 2016 se afilió a Sintravalores; (v) que por tanto, le es aplicable el capítulo especial de la convención colectiva de trabajo 2015-2019, de conformidad con su cláusula 70.

Principio de Congruencia y convención colectiva de trabajo

El trabajador recurrente, cuestiona a la cognoscente de primer grado en rigor no haber aplicado el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, como quiera que la demandada no canceló las primas extralegales a las que hace referencia el artículo 74 del capítulo especial de la convención colectiva de trabajo 2015-2019. Además, el desconcierto del recurrente con la decisión impugnada también estriba en que la A quo se equivocó al no reliquidar los citados emolumentos, dado que la cláusula 75 del señalado

referente normativo es inconstitucional al ir en contra de su derecho fundamental a la igualdad.

En efecto, la Juzgadora de primera en la adopción de su decisión de instancia, en el tema que se examina, limitó su análisis a precisar que de cara al libelo incoatorio el actor basó sus pedimentos, entre esos, las primas extralegales, en las normas generales de la convención colectiva de trabajo 2015-2019 y no de su capítulo especial, texto del que es beneficiario. Además, señaló que el actor al ser beneficiario del "*capítulo especial de pacto colectivo*" no procedería la reliquidación solicitada y que aun cuando admitiera la falencia legal, el artículo 75 del capítulo especial, pero de la convención colectiva de trabajo 2015-2019, impide que los auxilios, beneficios, prerrogativas, etc., constituyan salario y factor de este, para los nuevos trabajadores.

Antes de adentrarnos al objeto de la Litis, resulta pertinente resaltar la naturaleza del conflicto colectivo del trabajo, las convenciones colectivas de trabajo y su fuerza normativa. Así, la Constitución y la ley promueven la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores como un instrumento para la concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo y empleo y, la reivindicación de los derechos de los trabajadores, razón por la cual la negociación colectiva es uno de los ejes centrales de la libertad sindical junto con el de asociación y huelga. (art. 55 CP; Convenio 154 OIT y 432 a 436 CST).

En este sentido, al presuponer la esfera de la negociación colectiva una contraposición de intereses al interior de las relaciones del trabajo, nuestro ordenamiento jurídico se ha ocupado de regular de manera expresa y detallada el trámite que deben cumplir los actores del conflicto laboral con el propósito de lograr su solución. En efecto, el Código Sustantivo Laboral establece el agotamiento de la etapa de arreglo directo (art. 432 a 436), lo concerniente a la eventual declaratoria y desarrollo de la huelga (art. 444 a 449), el procedimiento de arbitraje (art. 452 a 461) y la suscripción de la convención o pacto colectivo (título III, capítulos I y II).

En este último punto, sobre la suscripción de la convención colectiva del trabajo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que constituye verdadero derecho objetivo, dado que en él se incorpora la voluntad de las partes con el fin de regular la relación entre el trabajador y empleador y, fijar las condiciones durante su vigencia. Sobre este aspecto, en sentencia SL16811-2017 se indicó:

"La fuerza normativa que acompaña a las convenciones colectivas de trabajo se desprende del artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo, conforme al cual estos acuerdos se suscriben entre una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias agremiaciones de trabajadores, por la otra, «para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia». De igual modo, encuentra asidero en el derecho fundamental a la negociación colectiva (art. 55 CP, Convenios 98, 151 y 154 OIT) y en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual los individuos y colectivos poseen la capacidad, en uso de su razón, de imponerse normas que regulen sus relaciones sociales.

A través de la convención colectiva, entonces, los empleadores y asociaciones de trabajadores tiene la posibilidad de dictar para sí, normas sobre trabajo. En ese instrumento, se prevén, en consecuencia, las condiciones que habrán de regular las relaciones de trabajo y empleo, las obligaciones y derechos de los sujetos colectivos, así como otros aspectos que las partes decidan acordar libremente.

Al ser, pues, el contrato colectivo un acto regla, producto de la autonomía y la voluntad, mediante el cual sus suscriptores dictan lo que será la ley de la empresa, sus disposiciones constituyen verdadero derecho objetivo, que se proyecta e incorpora a los contratos individuales de trabajo para regular temas como el salario, la jornada, las prestaciones sociales, las vacaciones, etc., como también para erigir reglas en materia de empleo y gobierno de relaciones empresa y organizaciones de trabajadores."

Ahora, debe decirse por la Sala que en el marco de la libertad sindical los trabajadores pueden afiliarse de manera libre y voluntaria a cualquier sindicato que estimen conveniente, así como pertenecer a varias organizaciones sindicales, de conformidad con el artículo 39 de la CP, así como de los artículos 353, 356 y 358 del CST, en armonía con las sentencias de constitucionalidad CC C- 797 de 2000 y CC C-567 de 2000, que declaró la inexequibilidad de la normativa que prohibía a un trabajador pertenecer a varios sindicatos.

En desarrollo de dicha potestad, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en virtud del precedente constitucional, ha adoctrinado que dentro de la libertad sindical si bien se faculta que un trabajador pueda ser miembro de manera simultánea de varios sindicatos de la misma clase o actividad, no obstante, también advirtió que ello no trae de suyo que pueda beneficiarse al mismo tiempo de las convenciones colectivas de trabajo que se suscriban entre empleadores y agremiaciones sindicales, o escoger del contenido de cada uno, las normas que más le favorezcan.

En efecto, la citada Corporación expresó en sentencia del 29 abr. 2008, rad. 33988, reiterada en diversos pronunciamientos, tales como SL 9390-2017, SL10468-2016, SL9008-2016, SL9347-2016, SL8896-2015, SL247-2018, SL415-2021, SL919-2021, entre otras, la siguiente regla jurisprudencial:

"(...) aun cuando es viable jurídicamente que un trabajador pueda ser parte de varios sindicatos, en caso de que existan diversas convenciones colectivas suscritas por las organizaciones que integra, y de las cuales un mismo trabajador sea beneficiario de todas ellas, ello no significa que pueda aprovecharse simultáneamente de cada una, pues la libertad sindical debe entenderse para tales efectos, como que el asalariado debe escoger entre los distintos convenios aquel que mejor le convenga a sus intereses económicos, ello con el fin de evitar que el trabajador reciba duplicidad o más beneficios convencionales.

Así las cosas, en lo que tiene que ver con el marco de aplicación de la convención colectiva de trabajo que regulan los artículos 470 y 471 del C. S. del T. (subrogados por los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965), los cuales guardan relación con el número de afiliados que tenga una organización sindical, pueden desprenderse varias hipótesis:

1. Cuando los afiliados a un sindicato no excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, sabido es que la convención colectiva que se expide solamente es aplicable a los miembros de la asociación sindical que la suscribió, pudiendo ser beneficiarios de la misma los trabajadores que se adhieran a sus disposiciones o los que ingresen posteriormente al sindicato. Frente a esta eventualidad, en el caso de la suscripción de convenciones colectivas por sindicatos minoritarios, los no afiliados a una organización sindical que hubiera suscrito una convención colectiva, pueden ampararse por ella bien por adhesión a su contenido o ya porque se afilien a dicha organización.

2. Cuando los afiliados a un sindicato exceden de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, es definido que la convención colectiva de trabajo se extiende a todos los trabajadores de la empresa sean o no sindicalizados.

*Pero en los casos anteriores, debe reiterar la Corte que los trabajadores no pueden recibir duplicidad o multiplicidad de beneficios, sino sólo aquellos de la convención que libremente escojan y que mejor les convenga a sus intereses económicos, pues la amplitud que hoy les ofrece la legislación positiva no puede convertirse en una carga excesiva para los empleadores, destacando que de acuerdo al artículo 1º del C. S. del T., la finalidad del estatuto sustantivo laboral es el de lograr **"la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social"**, principio que se vería afectado y vulnerado si se permitiese la aplicación de todos los convenios colectivos de trabajo en su integridad a un trabajador que es afiliado a las varias organizaciones sindicales que suscribieron tales acuerdos."*

Además, en el marco de la negociación sindical también se ha dicho que las partes cuenta con la posibilidad de excluir o incluir a ciertos trabajadores de la aplicación de la convención colectiva de trabajo, es decir, las organizaciones sindicales y las empresas, se encuentran dotadas de la suficiente libertad para suscribir el acuerdo convencional y determinar el campo de aplicación de las prerrogativas allí contempladas, como es el caso de excluir a los trabajadores que desempeñen un cargo y que se consideren cercanos a los intereses del empleador, como sucede con los trabajadores de dirección, confianza y manejo o incluir a los trabajadores no afiliados al sindicato, con o sin ninguna condición. (SL805-2013, SL896-2018 y SL2489-2021)

Esbozados como se encuentran los lineamientos normativos y jurisprudenciales aplicables al caso, para efectos de evaluar lo atinente a la discusión que plantean las partes, lo primero que observa la Sala es que la existencia de la convención colectiva de trabajo vigente 2015-2019, suscrita entre Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. y Sintravalores, se incorporó al proceso con la respectiva nota de depósito ante el Ministerio de Trabajo, de conformidad con el artículo 469 del CST, lo que permite de entrada su valoración.

Así, al remitirse la Sala a dicho documento, encuentra que, en efecto, en el artículo 74 del capítulo especial de la convención colectiva de trabajo vigente 2015-2019 se dispuso que los trabajadores beneficiarios del *"presente capítulo especial, la empresa les pagará (...) en el mes de junio y (...) en el mes de diciembre por concepto de primas extralegales (...);* cláusula legal que aplica al trabajador al afiliarse a SINTRAVALORES y por ser beneficiario del capítulo especial del pacto colectivo con anterioridad a su afiliación, de conformidad con el parágrafo del artículo 70 ibídem.

Ahora, debe recordarse que la juzgadora de primer grado destacó que no había lugar a impartir condena sobre las primas semestrales de los meses de diciembre y junio, ello en atención a que estas pretensiones se encontraban fundamentadas en la parte general de la convención colectiva de trabajo vigente 2015-2019, disposiciones que no le son aplicables. Sobre el particular, en efecto se advierte de la demanda que en el hecho 16 se expresó lo siguiente:

*"Es un hecho cierto y susceptible de ser confesado que el patrono, la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, adeuda a mi poderdante los beneficios convencionales establecidos en las siguientes cláusulas:*

a) Cláusula veintiséis (26) referente a las primas extralegales de los meses de junio y diciembre de los años que duró la relación laboral."

A su vez en el acápite de las pretensiones se pidió:

"a) La suma de \$19.115.028, por concepto de las primas semestrales de los meses de junio causadas desde el día 14 de junio de 2012, hasta el día 13 de junio de 2017, establecidas en el artículo veintiséis (26) de la convención colectiva de trabajo (...)

La suma de \$18.086.237, por concepto de las primas semestrales de los meses de diciembre causadas desde el día 14 de junio de 2012, hasta el día 13 de junio de 2017, establecidas en el artículo veintiséis (26) de la convención colectiva de trabajo"

Y de la contestación de la demanda, frente a todo ello, la sociedad accionada sostuvo:

"(...) desde el momento de la suscripción de su contrato a término fijo con la compañía, decidió voluntariamente adherirse al pacto colectivo vigente al interior de la compañía, por lo cual recibió oportunamente todos los beneficios de este, beneficios que en todo caso son iguales a los establecidos en la Convención Colectiva.

Adicional a lo anterior, téngase en cuenta que, a partir del día 27 de junio del año 2016, fecha en la que se afilió al Sindicato Sintravalores y hasta la fecha de su retiro, recibió los beneficios que le correspondían conforme al capítulo especial de la Convención vigente para el momento de su afiliación.

En consecuencia, durante toda la vigencia de la relación laboral es claro que el demandante recibió beneficios extralegales, ya sea en virtud del Pacto o de la Convención desde el momento de su afiliación, por lo cual, no hay lugar a considerar un nuevo pago a favor del actor por estos conceptos."

Por manera que la discrepancia puntual radicó en determinar si el actor es beneficiario de la convención colectiva de trabajo vigente 2015-2019 en su parte general, y, por ende, la solución de esta controversia implicaba en primer término determinar si aquel era beneficiario de tal texto normativo, para posteriormente establecer si había lugar al pago de las primas extralegales señaladas en el artículo 26 de la misma fuente legal.

Entonces, lo primero que se advierte de lo dicho, es que no era posible emprender el estudio por parte de la cognoscente de primer grado en lo atinente a si el extrabajador es acreedor de las primas extralegales que se señala el artículo 74 del capítulo especial de la convención colectiva de trabajo vigente 2015-2019, ya que tal aspecto no fue incluido en las pretensiones del libelo introductor, debiéndose excluir de su estudio, como bien lo hizo la juez de primer grado.

Lo anterior, por cuanto debe recordar este colegiado que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Así, sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que *"se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."* (SL440-2021).

Por manera que es evidente que no se equivocó la juzgadora de primer grado al no emprender el estudio de si el demandante se le debía o no las primas extralegales que se advierten en el artículo 74 del capítulo especial de la convención colectiva de trabajo vigente 2015-2019, en tanto que surge evidente, que las pretensiones no involucran ningún reclamo sobre aquello, tanto es así que en ninguno de los hechos de la demanda se señala que la demandada deba ser objeto por dicha condena, todo lo cual impide hacer

un pronunciamiento sobre una pretensión que no se incoó, y es que de hacerlo constituirá un quebranto a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política que le asiste a las partes en contienda.

Además, debe dejarse claro que si bien sea previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem"*; no obstante, tales condiciones no se presentan en el sub judice, como pasa a explicarse a continuación.

En primer lugar, la Sala no evidencia que en el presente asunto exista fraude o colisión que amerite una intervención excepcional en aras de proteger los derechos fundamentales de la parte actora, sobre ello no existe prueba, ni siquiera se esgrime como motivo de censura.

En segundo lugar, y a propósito del reproche consistente en que la A quo desconoció facultades ultra y extra petita de las que está provista, esta Corporación no evidencia que se cumplan las condiciones que se requiere rigurosamente para la aplicación de las citadas facultades, en tanto que no se ha discutido por las partes la procedencia del beneficio convencional bajo la égida del artículo 74 del capítulo especial de la convención colectiva de trabajo vigente 2015-2019, ni menos aparece probado que tales emolumentos se adeuden. De hecho, es equivocado sostener que haciendo uso de dichas prerrogativas legales se pretenda que el A quo quede facultado válidamente entrar a modificar las pretensiones de la demanda inicial y fallar por fuera de lo pedido inobservando el principio de congruencia al que se ha hecho referencia en líneas atrás expuestas.

En este punto, debe precisar la Sala que dicha facultad requiere rigurosamente que la primera de ellas - más allá de lo solicitado- *"(i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y (ii) que del juicio no emerja que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor."*; mientras la segunda - por fuera de lo pedido – *"(i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio."* (SL3614-2021)

Bajo el contexto que antecede, la Sala encuentra la inexistencia del vicio procesal alegado, toda vez, que no incurrió la sentenciadora de primer grado en el quebranto que le achaca el impugnante al no aplicar aquellos principios en la medida que los hechos en que se sustentan la génesis del derecho alegado no fueron discutidos al interior del proceso, ya que en el litigio se debatió como problema jurídico el reconocimiento de las primas extralegales bajo la base del artículo 26 de la convención colectiva de trabajo vigente 2015-2019 y no sobre su artículo 74 del capítulo especial; reiterando, que tampoco está debidamente probado que se adeuden, menos que el valor que se haya reconocido resulte ser inferior a la norma convencional.

Además, debe dejarse claro por la Sala que, si bien es cierto que por el hecho de que el objetivo principal de la discusión se centró en la aplicación de la convención colectiva de trabajo, ello no implica que se pueda válidamente entrar a modificar la demandada y fallar por fuera de lo pedido, como se pretende por la censura, en la medida que precisamente la cláusula 26 constituyó el objeto de sus aspiraciones, de ahí que el fallo versará sobre los hechos que jurídicamente se pretendieron y discutieron, todo lo cual en virtud del principio de congruencia al que se hizo alusión.

Así las cosas, considera la Sala, que no es procedente el pronunciamiento respecto si hay lugar o no a la condena de las primas extralegales del artículo 74 del capítulo especial, máxime cuando es claro que no existe prueba de que estén debidamente probadas. De lo expuesto se sigue, confirmar la sentencia de primer grado en lo que hace a este reproche.

Derecho fundamental a la igualdad

Aduce la parte actora que la cláusula 75 del capítulo especial de la convención colectiva de trabajo vigente 2015-2019 es inconstitucional, en tanto que quedó excluido en tal aparte que los auxilios, beneficios, y prerrogativas no constituyen salario ni factor salarial, sin que exista justificación del trato diferenciado con los demás trabajadores que se le aplican el texto extralegal en su parte general, lo cual se traduce según sus palabras en una violación a su derecho a la igualdad y de asociación sindical. Sin embargo, desde ya anuncia la Sala que a más de ser un hecho nuevo que no fue discutido por las partes, ninguna vulneración se encuentra por parte de esta Corporación a dichas prerrogativas constitucionales.

Ello es así, porque las partes que suscribieron la norma convencional de común acuerdo estipularon tal exclusión salarial, fruto de los mecanismos de autocomposición empleadora-sindicato, derivados precisamente de la negociación sindical que se encuentra amparada en la Constitución Política, lo cual tampoco resulta discriminatorio dado que no se está ante dos supuestos de hecho idénticos que merezcan el mismo tratamiento jurídico; pues la razón de que exista ese trato disímil en el régimen salarial dentro del texto extralegal es dado a que no se le puede dar el mismo trato a los trabajadores que ya venían sindicalizados y aquellos que venían beneficiándose del capítulo especial del pacto colectivo y decidieron afiliarse a Sintravalores o adherirse a la convención colectiva de trabajo 2015-2019.

Así las cosas, no son de recibo las alegaciones que presenta el recurrente, pues no podía quebrantar el principio de igualdad que la censura estima violado como quiera que si en gracia de discusión existiera desigualdad salarial, esta solo puede predicarse respecto de sujetos que disfrutaran de un mismo régimen y no ha trabajadores sometidos a diferente régimen jurídico, lo cual sucede en el caso bajo examen, dado que el actor al venir beneficiándose del capítulo especial del pacto colectivo y al afiliarse a Sintravalores, quedó sometido al capítulo especial de la convención colectiva de trabajo 2015-2019 y, por ende, al artículo 75, según el cual, *"Convienen las partes que los auxilios, beneficios, prerrogativas, etc., determinados en este Capítulos Especial no constituirán salario ni factor del mismo para ningún efecto para los nuevos trabajadores"*, y no al de los trabajadores que previamente estaban sindicalizados, los cuales tienen otro régimen extralegal.

Por lo tanto, con base en lo discurrido se impone concluir que ningún reproche merece la Juez del primer grado cuando advierte que la reliquidación pretendida no prosperará, dada la cláusula convencional que se anotó. Por último, frente a las manifestaciones de la censura tendientes a referir que está pendiente de pago salarios y prestaciones sociales derivadas de la terminación del contrato de trabajo a término fijo *"en el 2016 y en el 2017"* y, por tanto, viene corriendo la indemnización moratoria para cada uno de aquellos años, debe señalarse que tales argumentos son nuevos en este litigio, por lo cual, efectuar un pronunciamiento en tales sentido conlleva a violentar el derecho de contradicción y defensa de la accionada, lo cual no se puede permitir esta Sala de Decisión Laboral.

Como resultado de lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primer grado.

Costas. Sin costas en esta instancia judicial, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

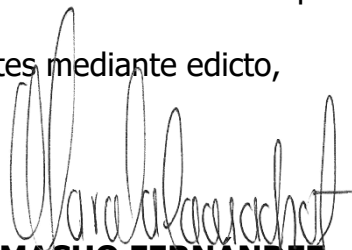
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de septiembre del 2021, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

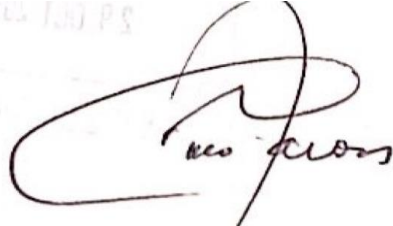
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JAIRO ALBERTO GUATAME VARGAS
Demandadas: SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. Y OTROS
Radicado No.: 32-2020-00367-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA- CONFIRMA

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º 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

AUTO

En cuanto a la solicitud de prueba elevada por la parte demandante, se rechaza de plano en tanto que no cumple con los presupuestos del artículo 83 del C.P.T. y de la S.S., para ser decretada.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jairo Alberto Guatame Vargas instauró demanda ordinaria contra Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., SI 03 S.A. en Liquidación y Víctor Raúl Martínez Palacio, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido desde el 13 de mayo de 2006 hasta el 30 de junio de 2019. En consecuencia, se disponga a su favor el pago de media hora diaria laborada, reliquidación de cesantías, sus intereses, prima de servicios, vacaciones y aportes pensionales, trabajo suplementario, indemnización por despido sin justa causa, moratoria, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró de manera personal e ininterrumpida mediante un contrato de trabajo desde el 13 de mayo de 2006 hasta el 30 de junio de 2019. Indicó que el citado vínculo se pactó en un comienzo a término fijo por un año, pero se convirtió a término indefinido por cuanto siguió trabajando de manera continua e ininterrumpida hasta la fecha de terminación sin justa causa.

Expuso que devengaba como salario mensual inicial la suma de \$700.000, más una bonificación de \$120.000, la cual no fue incluida como factor salarial; que se desempeñó

como operador de bus articulado y se pactó una jornada laboral de 48 horas semanales y 8 horas diarias, sin embargo, trabajó 8.5 horas diarias y 51 horas semanales en promedio, durante la vigencia del contrato de trabajo, dado que se le exigió presentarse media hora antes.

Agregó que durante la vigencia del contrato de trabajo laboró dominicales y festivos, empero, se le registró un salario menor al que realmente devenga, lo cual incidió en el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social.

(Expediente electrónico, PDF 01. DEMANDA 2020-367 – ORDINARIO, págs. 2 a 14).

2. Contestación de la demanda.

2.1. SI 03 S.A. - en Liquidación. Al dar respuesta se opuso a la prosperidad de las pretensiones del escrito genitor, aduciendo que el contrato de trabajo inició con la empresa SI 03 S.A., el 13 de mayo de 2006 y este fue cedido con posterioridad a SI99 S.A., el 26 de julio de 2012. Refirió que la remuneración pagada al actor fue la pactada en el vínculo contractual, razón por la cual, nada adeuda, ya que no debía laborar “media hora diaria” adicional.

Esgrimió que dentro de sus funciones no estaba el alistamiento del bus, en tanto que el trabajo del actor era conducir los buses articulados, dentro del horario y en los turnos indicados por la empresa, conforme a la programación de Transmilenio, sin sobrepasar la jornada del contrato de trabajo. Indicó que las prestaciones sociales, aportes a seguridad social integral y vacaciones fueron liquidadas y pagadas con base en el salario devengado por el accionante, además, fueron canceladas de manera completa y oportuna.

Agregó que la bonificación por productividad no es salario, pues no retribuye directamente el servicio y era un pago por mera liberalidad del empleador, al cual, además, las partes acordaron desde el inicio del contrato de trabajo que no era salarial, en los términos del artículo 128 del CST. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de derechos, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y genérica.

(Expediente electrónico, PDF 08. Contestación SI 03 S.A.).

2.2. Víctor Raúl Martínez Palacio. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, señalando que como persona natural no ha tenido nunca ningún tipo de vínculo laboral con el demandante. Propuso como excepciones previas las de indebida representación de la parte demandada e ineptitud de la demanda y como de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa en las pretensiones por parte del demandante, prescripción, cobro de lo no debido, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 09. Contestación Víctor Raúl Martínez)

2.3. Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. En su contestación a la demanda se opuso a las pretensiones de esta, indicando que el contrato de trabajo inició con la empresa SI 03 S.A., el 13 de mayo de 2006 y este fue cedido a la empresa, el 26 de julio de 2012, siendo terminado el 30 de junio de 2019, por finalización de la obra o labor contratada. Refirió que la remuneración pagada al actor fue la pactada en el vínculo contractual, razón por la cual, nada adeuda, ya que no debía laborar “media hora diaria” adicional.

Esbozó que dentro de sus funciones no estaba el alistamiento del bus, en tanto que el trabajo del actor era conducir los buses articulados, dentro del horario y en los turnos indicados por la empresa, conforme a la programación de Transmilenio, sin sobrepasar la jornada del contrato de trabajo. Explicó que las prestaciones sociales, aportes a seguridad

social integral y vacaciones fueron liquidadas y pagadas con base en el salario devengado por el accionante, además, fueron canceladas de manera completa y oportuna.

Agregó que la bonificación por productividad no es salario, pues no retribuye directamente el servicio y era un pago por mera liberalidad del empleador, el cual además las partes acordaron desde el inicio del contrato de trabajo que no era salarial, en los términos del artículo 128 del CST. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte del demandante, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 10. Contestación Sistema Integrado SI 99 SAS)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de mayo del 2021, en la que el fallador declaró que entre el demandante y la demandada SI 99 S.A., existió un contrato de trabajo a término fijo que fue modificado por un contrato por obra o labor determinada, entre el 13 de mayo de 2006 y el 30 de junio de 2019. Declaró probada las excepciones formuladas por la parte demandada y las absolvió de las pretensiones incoadas en su contra por el actor, gravando a este último en costas.

Para los fines que interesan al recurso, se propuso verificar, entre otras cosas, cuál era el tipo de contrato o modalidad contractual que existía entre las partes; si hay lugar al pago de horas extras y reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social, para así determinar la condena sobre el pago de la indemnización moratoria. Con tal propósito, en primer lugar, aludió a que efectivamente verificaba de las pruebas que el contrato de trabajo que se suscribió entre SI 99 S.A. y el actor correspondía a un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, cuya duración fue modificada posteriormente al de obra o labor contratada.

Así, en lo que hace a las horas extras solicitadas por el actor, es decir, la media hora peticionada, se remitió a la prueba testimonial e interrogatorios de parte *"que es en últimas le da soporte a esta afirmación"* y de entrada advirtió que no existe correspondencia en lo que afirma el promotor de la litis en su interrogatorio de parte frente a lo que señaló en la demanda, en tanto que se encuentran diferencias en cuanto al tiempo que debía presentarse presuntamente para recibir el vehículo. Además, indicó que estaba claro que de los testimonios e interrogatorios de partes el alistamiento de los vehículos no hacen parte de las funciones del operador, *"que no obstante tratándose de una actividad peligrosa, la conducción de vehículos, es válido que se les pida a los operadores que revisen el estado del vehículo antes de iniciar la operación, pero ello no implica, como se pretende hacer ver en el proceso que tuviese que presentarse media hora antes o que tuvieran una labor de alistamiento."*

Anotó que en la operación de los vehículos hay que cumplir con un horario predeterminado y con una frecuencia, razón por la cual, el trabajador debía estar conforme a la programación, para recibir el vehículo y continuar con la operación, lo que *"tampoco significa que tuviera que presentarse media hora antes"*. Agregó que no estaba determinada la hora de ingreso a laboral del trabajador en cada uno de los días, durante los cuales prestó los servicios a favor de las demandadas, por manera que no podía reconocer tiempo como trabajo suplementario.

De otro lado, en lo que respecta al bono que se le cancelaba al trabajador, se remitió al contrato de trabajo, fundamentalmente a la cláusula decimoprimer, así como al testimonio rendido por la señora Karen Rodríguez Forero, para significar que, si bien en los comprobantes de nómina se observaban pagos quincenales por auxilio no prestacional, lo cierto es que de conformidad con el artículo 128 del CST, las partes acordaron de manera expresa que los mismos no tendrían carácter prestacional, además, estos reconocimientos eran variables, dependiendo de unas metas grupales, con lo cual no

estarían remunerando directamente al labor que ejecutaba el actor, de ahí que no sea viable tenerlo como factor salarial, ni haya lugar a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales. (Expediente electrónico, audio 17. Audiencia Juzgamiento 27-May-2021).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante formuló recurso de apelación argumentando que las pretensiones de la demanda tienen el debido soporte probatorio, fundamentalmente del dicho de los testimonios, según los cuales el actor *“no solo cumplía la función de manejar, sino que para tener acceso a esta función de manejar un bus de Transmilenio tenían que llegar con media hora mínima a asumir ese trabajo; y es cierto es que si no se llegaba media hora antes no podían, esto, tener acceso a su trabajo, o sea manejar el bus de la empresa Transmilenio. Ello lo dicen de manera expresa en sus dichos que si no se llegaba con esa antelación, no se podía ejecutar la tabla, que era una tabla programada, un trabajo programado y tenían que recoger el bus en la plataforma o en el patio, si fuese el caso, pero sino se llegaba con la debida anticipación, no se podía determinar dónde venía el bus, si el bus estaba en los patios o si el bus estaba demorado, si se había varado, si había que conseguir otro bus y por eso era obligación perentoria llegar media hora antes. Y eso lo establecen los dichos de los testigos; tal vez el señor demandante, Guatame no fue preciso en el tiempo, pero si determina de que tenía que llegar antes, para poder proceder a ejercer su trabajo diario de que era manejar el bus.”*

De otro lado, dijo que el bono prestacional tiene carácter de ser salario, ya que se le pagaba mensualmente y de manera regular, razón por la cual, debía liquidarse sus prestaciones sociales y aportes a pensión y a salud, de acuerdo con el salario básico y el citado bono. (Expediente electrónico, audio 17. Audiencia Juzgamiento 27-May-2021).

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandada. Señaló que en cuanto al reclamo por el pago de horas extras no es procedente, ya que que el alistamiento no hacia parte de las funciones del operador, no obstante, tratándose de una actividad peligrosa, es válido que se les pida a los operadores que revisen el vehículo, pero de ninguna manera esto implica que tenían que estar 30 minutos antes. Indicó que en el momento de recibir el vehículo en plataforma no era posible hacer esta revisión los 30 minutos antes, pues el bus debía operar de inmediato sin que ese tiempo existiera. Refirió que el trabajador sí tenía que estar al momento del inicio de la tabla, pero esto no implica que se deba pagar ninguna suma por el tiempo en que con antelación se haya presentado.

En lo atinente al bono por mera liberalidad, refirió que la cláusula decimoprimera del contrato de trabajo y las declaraciones de las partes e intervinientes del proceso, dan cuenta de que se trataba de un pago no salarial y si bien se trataba de pagos habituales, las partes habían acordado que estos pagos no tendrían el carácter prestacional desde el propio inicio del contrato de trabajo, sometiendo a condición su pago, la cual consistía en el cumplimiento de metas grupales de la organización, por esta razón esta bonificación no remuneraba la prestación del servicio del demandante.

5.2. Parte demandante. No presentó alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- (i) ¿El actor tiene o no derecho al pago de la ½ hora extra, con la consecuente reliquidación de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales solicitadas?
- (ii) ¿La suma recibida por concepto de bonificación por productividad constituye factor salarial, consecuencia de serlo, es procedente reajustar las prestaciones sociales y vacaciones, así como los aportes al subsistema de seguridad social en pensiones?

Contrato de trabajo, salario y sus extremos

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral que existió entre el actor y Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., sus extremos temporales, cargo y salario devengado por este. Además, debe precisarse que dichas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de la demanda, sino, corroboradas con el contrato de trabajo (Expediente electrónico, PDF 08. Contestación SI 03 S.A., págs. 44 a 46), otrosí de mutuo acuerdo, certificación laboral y carta de terminación del vínculo contractual (Expediente electrónico, PDF 01. DEMANDA 2020-367 – ORDINARIO, págs. 64 a 69).

Pago de la ½ hora extra

Sentado lo anterior, recuerda esta Sala que el señor Jairo Alberto Guatame Vargas pretende que la encartada le reconozca el trabajo suplementario, que aduce ejecutó y, en tal virtud, se condene al pago de la reliquidación de prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social y a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, dada la citada incidencia salarial. Petición a la que se opone enfáticamente la accionada, significando que el demandante no laboró en jornada suplementaria, ya que no debía laborar la ½ hora extra debido a que sus funciones no estaban atadas al alistamiento del bus articulado, en tanto que la función del actor consistía en conducir los buses articulados, dentro del horario y en los turnos indicados por la empresa.

Perfilado así el debate que llama la atención de la Sala, es del caso precisar que en tratándose de trabajo suplementario cual sea la denominación que se le atribuya, impone al actor probar con claridad y precisión el número de horas extras servidas, toda vez que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., quien alega la existencia de una obligación debe probarla, no siendo suficiente afirmar simplemente que se laboró en tiempo extra, diurno o nocturno, sino que imperativo resulta demostrar la obligación, toda vez que afirmar no es probar.

En esa medida, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto por el artículo 161 del C.S.T., todo trabajador, sólo está obligado a cumplir una jornada máxima ordinaria de ocho horas al día y cuarenta y ocho a la semana, lo que implica que, si aquél invoca haber trabajado tiempo extra o suplementario, le corresponde demostrar que lo trabajó. En su demostración impone acreditar con exactitud su número, pues al operador jurídico no le es dable deducir una cantidad aproximada de horas o días trabajados, haciendo para ello cálculos o conjeturas, es decir, la prueba debe ser de una exactitud verificable.

Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde vieja data ha sido pacífica y reiterativa en señalar que cuando se pretende recargo por trabajo nocturno y trabajos en días dominicales y festivos y horas extras y en general el trabajo suplementario, la prueba de ello, debe ser diáfana, precisa y clara; en otras palabras, cuando el trabajador afirma que laboró estos conceptos en días y horas de descanso obligatorio y pretende su reconocimiento y pago debe probar que efectivamente lo ha trabajado.¹ (*Sentencias de mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 16/50, mar. 15/52, dic. 18/53*)

Bajo ese contexto, la Sala de entrada advierte que la prueba aportada al plenario a fin de acreditar el trabajo en horas extras, adolece de la precisión requerida, en tanto que no permite esclarecer qué días efectiva y realmente laboró el accionante al servicio de la accionada, el tiempo suplementario o complementario que reclama, ni los horarios en que lo trabajó, conclusión a la que se arriba, luego de examinar el haz probatorio y que deja en evidencia que ningún error cometió el Juzgador de primer grado, cuando dijo que no estaba demostrada la ½ hora extra efectivamente que aduce laboró el demandante o en sumo utilizó para el alistamiento del bus articulado que acusa como obligatorio el apelante, por fuera de la jornada máxima ordinaria.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que fue allegado como medio de convicción los comprobantes de pago, mismos que no demuestran cómo se desarrolló la jornada laboral de Jairo Alberto Guatame Vargas y si éste ejecutó su actividad de conductor más allá de su horario o del trabajo suplementario reconocido por la llamada a juicio, pues frente a dicho supuesto ningún dato puede extraerse del documental en comento, en tanto que sólo se relaciona la mensualidad a cancelar, el nombre del empleador y del trabajador.

Otro aspecto que llama la atención de la Sala es que se pretende demostrar tal circunstancia con el interrogatorio de parte que se realizó al representante legal de la demandada y con el dicho de los testimonios de José Abelardo Medina Flórez, Ramon Enrique Riveros Parra y Abel González Guacaneme, no obstante, al ser indagados sobre el aspecto controvertido en el juicio, nada informaron, menos con la certeza requerida, acerca del número de horas exactas sobre las que se aplicaría el pretendido recargo, cuestión determinante para establecer cuántas horas diurnas y nocturnas prestaba el servicio para efectos de liquidar no sólo los pertinentes recargos sino para conocer el total de extras servidas en cada jornada laboral.

Nótese que los señores Víctor Raúl Martínez Palacio, representante legal de SI 03 S.A. en Liquidación y Jhon Fredy Piñeros Carreño, representante legal de Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., aunque manifestaron que el actor fue contratado para conducir el bus articulado, nada dijeron sobre el horario del demandante más allá de las 48 horas pactadas, ni tampoco derivó sus dichos en confesión sobre la ½ hora alegada, pues en nada indicaron sobre tal cuestión, menos con la suficiente contundencia.

Ahora, los testimonios de Ramon Enrique Riveros Parra, José Abelardo Medina Flórez y Abel González Guacaneme, adolecen de la misma imprecisión, pues ningún supuesto se puede obtener, para acreditar la ½ hora extra alegada, ya que si bien es cierto informaron que el actor, al igual como ellos, debían estar minutos antes a prestar su servicio, lo cierto es que no indican si tal aspecto fue durante la totalidad del tiempo de servicio y si lo fue todos los días en que realizaba la labor de conductor.

Es decir, la prueba testimonial analizada detenidamente no permite calcular o establecer el número de horas extras diurnas o nocturnas que laboró el accionante, a más de que

¹ "la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas>"

evidencia la Sala que no fueron coincidentes los testigos frente a la jornada laboral que cumplía el actor. Ello en atención a que el señor Ramon Enrique Riveros Parra, dijo que debían estar ½ hora antes a prestar la labor, por exigencia del mismo empleador, sin embargo, en su mismo relato manifestó que ya no debían estar ½ hora antes, sino con 15 minutos de antelación. Por su parte, el señor José Abelardo Medina Flórez, adujo que debían estar 40 minutos a 1 hora antes, posteriormente indicó que debían estar ½ hora antes, para recibir el automotor. Mientras que el señor Abel González Guacaneme, aunque aseguró que debían estar ½ hora antes a prestar su servicio, también lo es que arguyó que no sabía el horario de trabajo del actor, en tanto que su programación o turnos eran distintos.

En esa medida es claro que los testimonios además de no brindar certidumbre sobre el horario de entrada se contradicen entre sí. Además, colige la Sala, que en todo caso no es posible para los declarantes precisar dicha circunstancia debido a la actividad que ejercía el promotor de la litis, pues de sus propios dichos se logra extraer que el demandante tenía diferentes programaciones o turnos, que podían variar durante cada semana o día, luego no podrían conocer con detalle y precisión la labor que realizó en trabajo suplementario, de ahí que se descarten para establecer el total de extras servidas en cada jornada laboral, es decir, la ½ hora que dice laboró de forma excelsa.

Así las cosas, surge evidente la improcedencia del reconocimiento de trabajo suplementario petitionado por carecer de sustento probatorio que permita efectivamente determinarlo con precisión y exactitud, además, la Sala no comparte los argumentos de la censura, cuando se sostiene que no existe duda sobre la ½ hora extra laborada, ya que tal aspecto se deriva del propio accionante cuando aquel surtió el interrogatorio de parte; ya que es evidente que la citada declaración no puede ser suficiente para probar tal circunstancia, pues cumple recordar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella. Máxime cuando tampoco puede la Sala extraer de dicha declaración una confesión pura y simple en tanto que no se observa que le produzca consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria; de hecho, es notorio que la citada aserción única y exclusivamente le favorece a él, por manera que mal haría esta Sala acoger los argumentos del apelante.

De aceptarse lo contrario, bastaría el propio dicho de la parte actora, afirmando la causación de trabajo extra para que el Juez decida a favor, siendo que, para impartir condena debe contarse con la prueba que respalde tal afirmación y que zanje cualquier duda sobre su causación, además debe reiterarse el elemental principio de derecho probatorio que enseña que no es dable a la propia parte crear sus propias pruebas.

De suerte al carecer este Sala de los elementos de prueba idóneos para establecer el valor del trabajo suplementario que quedó insoluto, esto es, qué número de horas extras pudo haber servido el demandante y en qué jornada, conlleva indefectiblemente a determinar que no se probó salario superior. Lo anterior, sirve además para concluir que los pagos que realizó la demandada por concepto de trabajo suplementario y que aparecen en las nóminas de pago adosadas al cartapacio, corresponden efectivamente a la remuneración al trabajo en horas extras realmente laborados por el actor, por lo que, al no probarse salario superior al utilizado por el empleador para liquidar acreencias laborales, no hay lugar tampoco a la reliquidación pretendida.

Lo considerado es suficiente para que la Sala confirme la sentencia confutada, en lo que hace al trabajo suplementario que negó el A quo.

Bonificación por productividad

En lo atinente a determinar si la bonificación por productividad tiene incidencia salarial para efectos de reliquidar sus prestaciones sociales, vacaciones y aportes pensionales, ya que el actor se queja de la intelección que llevó el A quo al determinar que no son salario, considerando, entonces, que los citados bonos constituyen una verdadera retribución directa del servicio, por cuanto sus pagos son habituales y permanentes; cumple recordar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, señala que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, 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."*

En línea con lo expuesto y de acuerdo con el acervo probatorio arrimado al informativo, en especial las documentales que se encuentran adosadas en páginas 52 a 54 del PDF enlistado en el numeral 10 del expediente electrónico, se evidencia que, entre las partes, al momento de suscribir el contrato de trabajo, en la cláusula décima primera, se acordó lo siguiente:

"DÉCIMA PRIMERA: Cláusulas Adicionales: 1) Las partes EMPLEADOR y trabajador en forma expresa acuerdan que la cantidad de hasta CIENTO VEINTE MIL PESOS (\$120.000.00) se entregarán como bonificación no constitutiva de salario por concepto de productividad, que se determinará mediante el cumplimiento de las siguientes metas: Cumplimiento de las Reglas establecidas por Transmilenio (30 %), protección del buen uso de la plataforma y carrocería del bus (20%), cumplimiento en los horarios de trabajo (15%), cumplimiento de las reglas de convivencia (15%), cumplimiento de las normas de manejo preventivo (20%). Esta bonificación se pacta y así lo aceptan en forma expresa las partes, de conformidad con lo previsto por el Art. 128 del CST, modificado por el Art. 15 de Ley 50 de 1.990."

Al margen de dicha cláusula y pese a que la recurrente considera que no podía desatenderse su factor salarial, dado a la habitualidad de la citada bonificación, pues se entregaba al trabajador de forma mensual; para la Sala, no se trata de un pago que por su naturaleza retribuya el servicio o que con ello se pretendiera remunerar como contraprestación directa aquel, en la medida que tales bonos se entregaron por mera liberalidad del empleador, es decir, en forma extralegal, dejando entrever que correspondían a un estímulo, de allí que también las partes expresamente hayan resuelto restarle esa connotación salarial.

En ese sentido, si bien no hay discusión acerca de que la empleadora ciertamente reconoció habitualmente al actor una suma de dinero independiente de la estipulada como salario, inferencia que resulta no sólo de lo afirmado en la contestación de demanda, sino de lo pactado en la cláusula del contrato de trabajo que se citó y de las nóminas de pago obrantes en el plenario, probanzas que demuestran que desde el inicio de la relación contractual el demandante recibió una bonificación a la que restaron incidencia salarial; no obstante, es claro que la bonificación si bien se dominó que era por productividad, lo cierto es que su reconocimiento dependía de factores externos que no tenían como tal

una directa relación respecto del servicio prestado por el actor, sino, para asegurar el cumplimiento de directrices establecidas por Transmilenio, la protección del buen uso de la carrocería del bus y plataformas, el cumplimiento de horarios, reglas de convivencia y manejo preventivo, de cara a la estipulación suscrita entre las partes.

Lo anterior, permite concluir, que la bonificación por productividad, a pesar de su habitualidad, ese solo hecho, no constituye en manera alguna debía ser tomada en cuenta como factor salarial por parte de la encartada al momento de liquidar las prestaciones sociales del ex trabajador, pues en términos del 128 del CST, para que tenga dicha naturaleza, además de la citada característica, debe retribuir la labor ejecutada por el trabajador, aspecto que no probó el actor, ya que los testigos que trajo en nada dijeron sobre tal aspecto, y, por el contrario, se demostró su carácter no salarial debido a que la señora Karen Rodríguez Forero (coordinadora de nómina), testigo de la parte demandada, señaló que la bonificación era una suma variable por cumplimiento grupal, es decir, que la suma dependía también de otros trabajadores.

Así las cosas, su finalidad no era retribuir el servicio prestado, lo que deja claro, entonces, que los pagos recibidos a título de bonificaciones, además, de haberse previsto expresamente por las partes su condición no salarial y, por ende, ser reconocido por el promotor del proceso expresamente como un pago no constitutivo de salario, todo lo anterior al tenor de lo previsto en el artículo 128 del CST, no reúnen los requisitos necesarios para ser considerados como una contraprestación directa del servicio y, por tanto, carecen de incidencia salarial.

Razones más que suficientes para confirmar la intelección a la que llegó el Juez de primer grado, encaminada a no reconocer como factor salarial el mentado bono, pues, contrario a lo dicho por la crítica, ningún dislate incurrió.

Costas

Sin costas en esta instancia, por no haber causado. Las de primera se confirman.

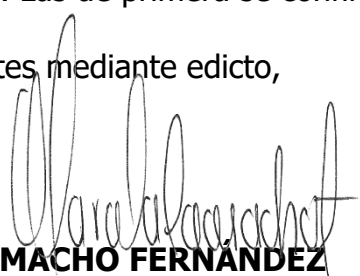
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de mayo del 2021, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

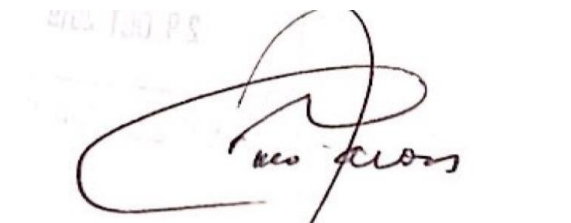
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS 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: SUMARIO LABORAL
Demandante: OSCAR AUGUSTO MONTOYA SUAZA
Demandadas: CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN
Radicación: 110012205-000-2021-01716-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA – GASTOS MÉDICOS - CONFIRMA

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

Se decide de plano la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Oscar Augusto Montoya Suaza presentó solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud con el propósito de que se ordene el reembolso por gastos económicos en que incurrió en la suma de \$1.820.000. Como fundamento de sus pretensiones señaló en síntesis que mediante acción de tutela se le ordenó a la accionada la asignación cita, para llevar a cabo el procedimiento ordenado por el médico tratante, la cual no se llevó a cabo en tanto que la EPS sostuvo que carecía de IPS. Indicó que con sus propios recursos realizó el examen de manera prioritaria en el IDIME, presentando ante la enjuiciada petición de reembolso, la cual, pese a que fue aceptada, no se le efectuó el desembolso. (fols. 1 a 3).

2. Contestación de la demanda. La accionada dio contestación indicando que el reembolso solicitado se encuentra aprobado y su desembolso se encuentra pendiente, ya que la entidad se encuentra en liquidación y cualquier pago que se realice a los acreedores, primeramente debe realizarse en el marco de la normatividad legal aplicable al proceso liquidatorio. Propuso como excepciones de fondo la que denominó reembolso aprobado, intervención forzosa para liquidar Cafesalud EPS S.A. y genérica (CD fol. 60).

3. Decisión de Primera Instancia. La Superintendencia Nacional de Salud profirió fallo el 29 de octubre de 2020 en el sentido de acceder a las pretensiones de la demanda, ordenando a Cafesalud EPS el reconocimiento de la suma de \$1.820.000, de conformidad con el proceso de liquidación forzada fijado en el Decreto 2555 de 2010. En lo que interesa al recurso de apelación indicó que la EPS accionada se allanó a las pretensiones del demandante, entendiéndolo por ello, la declaración de voluntad unilateral del demandado por la que acepta que el actor tiene derecho a la tutela jurisdiccional que solicitó en la demanda, de ahí que haya lugar a la condena. (fol. 39 a 43)

4. Impugnación y límites del ad quem. Cafesalud EPS. En su alzada arguyó que el reembolso deprecado por el actor se encuentra reconocido y aprobado para su pago, el cual se debe llevar a cabo de conformidad con el marco legal aplicable al proceso liquidatorio. Así, refirió que mediante Resolución 007172 del 22 de julio de 2019 se ordenó la liquidación de la EPS, proceso que inició el día 5 de agosto de 2019, por tanto, solicitó que se ordene al actor hacerse parte del proceso liquidatorio, radicando su acreencia de acuerdo con el formato establecido, el cual deberá ser radicado en medio

digital o de manera física con prueba siquiera sumaria del crédito, que se pagará de acuerdo a lo establecido en el Decreto 2555 de 2010, los artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. (fol. 49 a 51)

Así las cosas, procede la Sala a desatar la alzada, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El recurso de apelación interpuesto por CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S.S. que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar **el siguiente problema jurídico**: ¿Debe ordenarse a la parte actora que se haga parte del proceso liquidatorio de la entidad demandada, radicando su respectiva acreencia?

Competencia del Tribunal para conocer de los procesos adelantados ante la Superintendencia

En primer lugar, es necesario indicar que la presente acción se inició con base en lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 del 2007 que faculta a la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo establece el artículo 116 de la Constitución Nacional, para conocer y fallar en derecho con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez; norma que fue adicionada por el artículo 126 de la Ley 1438 del 2011, que dispuso que la Superintendencia conocerá y decidirá sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o del empleador. Y se debe señalar que, conforme al numeral 1º del artículo 30 del Decreto 2462 de 2013, este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la accionada, en tanto su domicilio corresponde a la ciudad de Bogotá, tal como da cuenta el certificado de existencia y representación legal allegado junto con la contestación a la demanda.

Vinculación de la parte actora al proceso de liquidación de Cafesalud EPS

En aras de resolver el recurso de apelación formulado, lo primero que debe anotar la Sala es que no fue objeto de reproche por las partes que la convocada a juicio debe reembolsar al accionante la suma determinada por el a quo por concepto de gastos médicos en que incurrió. En esa medida esta Corporación centrará su atención en el reparo que se hace al fallo de primera instancia, el cual va orientado a que esta Sala ordene a la parte convocante hacerse parte del proceso liquidatorio, para efectos de que sea tenida en cuenta su acreencia dentro de este.

Puestas así las cosas, se tiene que mediante Resolución 007172 de 2019 se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A. Respecto del régimen jurídico aplicable al proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan. En esa medida el artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener, entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con

derecho a formular reclamaciones de cualquier índole, arrojando prueba siquiera sumaria de sus créditos en el lugar que para el efecto se señale.

Así mismo, el citado emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado. Estableciendo por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, el procedimiento para el cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme.

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, el cual será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega oportunamente, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Además, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versen sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por la intervenida se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación.

En el presente asunto no se allegó medio de convicción que dé cuenta que el accionante haya elevado reclamación tendiente a obtener el reembolso de gastos médicos dentro del proceso liquidatorio, ya fuera de manera oportuna, esto es, durante el periodo comprendido entre el 29 de agosto al 30 de septiembre de 2019, como se señala en el recurso de apelación, o por fuera de dicho término; no obstante, se considera que no es esta Colegiatura la llamada a ordenar a la parte convocante a hacerse parte del citado proceso mediante la reclamación de las prestaciones pedidas en el diligenciamiento, en la medida que dicha facultad radica en cabeza de aquel, quien en últimas decide si hace efectivo su crédito o no.

Además, debe tenerse en cuenta que el proceso que ocupa la atención de la Sala inició con anterioridad a la toma de posesión y la intervención forzosa administrativa de Cafesalud EPS S.A., pues nótese que la demanda fue radicada el 2 julio de 2019 (fol. 1), por manera que la sentencia proferida por el *a quo*, en el sentido de reconocer el reembolso de gastos médicos, en todo caso deberá ser tenida en cuenta por la liquidación como pasivo cierto no reclamado, si el demandante hace su reclamación e incluso en caso de que no la formule, ya que el expediente debe ser tenido en cuenta por el liquidador, en tanto el mismo fue notificado de su existencia, como así lo dispone el literal d) del artículo 3º de la Resolución 007172 de 2019.

Así las cosas, no se accede a la solicitud elevada por la demandada, tendiente a que se ordene al accionante se haga parte del proceso liquidatorio mediante la radicación de su acreencia, debiéndose mantener incólume la sentencia de primer grado.

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

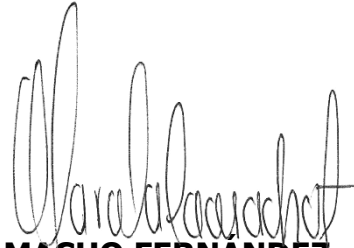
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COMUNICAR a las partes el presente fallo por el medio más expedito, conforme al artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

TERCERO: DEVOLVER el expediente a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, una vez agotado el trámite de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



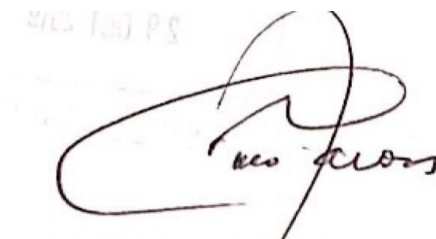
DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

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: FLOR TEODORA GÓMEZ CETINA
Demandada: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 04-2019-00519-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Flor Teodora Gómez Cetina instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el fin de que se declare la nulidad e ineficacia del traslado inicial del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Horizonte hoy Provenir S.A. En consecuencia, solicitó que se condene a la demandada Colpensiones a su retorno inmediato, conservando el régimen de prima media con prestación definida, manteniendo los beneficios del citado régimen.

Así mismo, que se ordene a Colpensiones a recibir todos y cada uno de los valores que hacen parte de la cuenta de ahorro individual, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional del asegurado, junto con los rendimientos causados; a Porvenir S.A. la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual; a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión desde la fecha en que cumplió con los requisitos de tiempo cotizado y edad, conforme al Acuerdo 049 de 1999, intereses moratorios y lo que corresponda a las facultades ultra y extrapetita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 6 de noviembre de 1960, afiliándose desde el 2 de octubre de 1982 al ISS, posteriormente a la AFP Horizonte S.A. hoy AFP Porvenir S.A. indicó que las administradoras de pensiones demandadas faltaron el deber profesional de información a la demandante, al no suministrar información clara, completa y cierta acerca de las implicaciones y consecuencia del cambio de régimen pensional. (fols. 78 a 102).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 157); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de demanda.

3.1. Colpensiones. Presentó contestación refiriendo que no se opone a las pretensiones enlistadas en los numerales 1 a 10 de la demanda, sin embargo, frente a las demás se opuso considerando que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Refirió que, si la demandante tuvo la decisión de que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, sin que obre un medio de convicción tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y genérica. (fols. 158 a 176, 416 y 417)

3.2. AFP Porvenir S.A. En respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de pretensiones de esta argumentando que la afiliación de la parte demandante con Horizonte S.A. en el año 1994 fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales individuales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación 047018, documento que se presume auténtico. Significó que la nulidad de la afiliación se presentó solamente después de que la demandante presentara una solicitud en el año 2019, para retornar al régimen de prima media, es decir, que pasaron 25 años desde la afiliación inicial, durante los cuales aquella pagó aportes y no manifestó inconformidad alguna con la decisión que adoptó. Propuso como medios exceptivos las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (fols. 307 a 334)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de julio de 2021, en la que el fallador declaró la ineficacia de la afiliación de la actora a la AFP Porvenir S.A. suscrita el 14 de enero de 1994, por lo tanto, para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por conceptos de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexados por el tiempo en que la actora permaneció afiliada a dicha administradora. Así mismo, ordenó a Colpensiones que una vez efectuó el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al RPMPD junto con sus correspondientes aportes y proceda una vez que la actora se retire del sistema a reconocer y pagar la pensión, conforme lo dispone el artículo 33 y subsiguiente de la Ley 100 de 1993. Por último, gravó en costas a la demandada Porvenir S.A.

Para arribar a tal determinación, hizo alusión a los artículos 13, literal "b", 271, 272 de la Ley 100 de 1993, así como al criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para significar que la carga de la prueba se invierte a favor de la afiliada y tal sentido está en cabeza de la AFP ya que es quien se encuentra en la posición de hacerlo, además, que de conformidad con el artículo 167 del CGP las afirmaciones indefinidas no requerían prueba. En tal sentido, indicó que no existía prueba tendiente a demostrar que a la actora se le dio la debida asesoría, en tanto que

no se informó sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, tampoco se le hizo un cuadro comparativo de los regímenes; ni una proyección de su mesada pensional o la construcción del derecho pensional en el RAIS. Además, indicó que del formulario de afiliación no se podía concluir que la AFP brindó información clara, completa, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de su traslado. Así las cosas, concluyó debía declarar la ineficacia de tal afiliación.

Respecto del reconocimiento pensional, citó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y a partir de allí señaló que se requiere que la afiliada se haya retirado del sistema, para efectos de poder establecer cuál sería el IBL sobre el que se debe aplicar la tasa de reemplazo que corresponda, razón por la cual no es procedente condenar el pago de la pensión de vejez, pero si debía ordenar a Colpensiones que una vez la actora se retire del sistema, proceda con su pago. (Cd a fol. 582)

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 Colpensiones. Interpuso recurso de apelación manifestando que la demandante no acredita los supuestos legales para que se declare la ineficacia o nulidad del traslado efectuado el 14 de enero de 1994 al suscribir el formulario de afiliación con el fondo de pensiones Horizonte. Indicó que de conformidad con los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 2 de la Ley 797 de 2003, la actora no tiene derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida ya que hasta menos de 10 años para pensionarse. Refirió que el Juez puede invertir la carga de la prueba y en tal sentido exigir a la actora probar el supuesto de hecho base de sus pretensiones. (Cd a fol. 582)

5.2. AFP Porvenir S.A. En su alzada señaló que a la promotora del litigio se le entregó una información debida, comprensible y veraz en dos oportunidades donde aquella pudo retornar al régimen de prima media con prestación definida. Indicó que para la época en que se afilió la actora con Horizonte, la única prueba que se exigía era el formulario de afiliación, no obstante, toda la información fue entregada de manera verbal, colocando a su disposición los canales de atención, para que aquella realizaría preguntas, actuación que no fue ejercida.

Esgrimió que del interrogatorio de parte surtido quedó en evidencia que la demandante si recibió una información comprensible y veraz, que su decisión de afiliarse a Porvenir derivó de su libre escogencia del régimen pensional. De otro parte, solicitó la revocatoria de la devolución de gastos de administración, cuotas de reaseguro y pólizas, teniendo en cuenta que estos no pueden ser valorados como parte de la mesada pensional o del capital de la parte actora, como quiera que son sumas que promueven una cobertura frente a su cuenta individual, como lo ha dicho la Superintendencia Financiera de Colombia. Sostuvo, además, que dichas sumas están afectadas del fenómeno de prescripción, de conformidad con el artículo 488 del CST.

Finalmente, pidió la modificación del numeral 5° de la sentencia, frente a la condena en costas en contra de la AFP Porvenir S.A., dado que se está condenando únicamente aquella y no a Colpensiones, quien fue también parte vencida en juicio.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. AFP Porvenir S.A. Alegó en su favor indicando 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 alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

6.2. Colpensiones. Indicó que la actora no acredita los supuestos legales para que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado del RPM al RAIS el en noviembre del año 1994 al suscribir el formulario de afiliación con el AFP Porvenir S.A.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por AFP Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes. Además, se estudiará en consulta en favor de la entidad en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

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? En caso positivo, 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 la promotora del litigio se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; (vi) ¿la actora tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones?; y (vii) ¿Se debe condenar en costas a Colpensiones?

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

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Flor Teodora Gómez Cetina se afilió al ISS el 2 de octubre de 1982 y realizó cotizaciones desde aquella época hasta el 30 de noviembre de 1991, conforme aparece en la historia válida para bono e historia laboral emitida por Colpensiones (fols. 182 a 185 y 406 a 408), en tanto que suscribió formulario de traslado a Horizonte Pensiones y Cesantías fechado del 14 de enero de 1994 hoy AFP Porvenir S.A. (fol. 369).

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 30 de noviembre de 1991, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 01 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., acaecida el 14 de enero de 1994, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La sala mayoritaria no desconoce que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, se establece que a partir del 01º de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones **"deberán"** seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1º de abril de 1994, pues sólo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4º que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros *"los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o **continuar vinculados a éste si ya lo están**"*, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1 de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 2 de octubre de 1982, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente, del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS**, pueden continuar en dicho instituto, **sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación**. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado**. (Negrilla fuera del texto)*

Conforme a lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 01 de abril de 1994 en el régimen de prima media con prestación definida no implica que se pierda tal calidad, ni tampoco que debía diligenciar un nuevo formulario de afiliación a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada al ISS desde el 2 de octubre de 1982, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 14 de enero de 1994 a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.

De igual manera, vale la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia**.*

(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida**”.*

De esta manera se reitera que la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1º de abril de 1994 estuvieren afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y 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 le corresponda a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 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.

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.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 demandada 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, de manera que, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, por lo que no se releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP respecto a la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, 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 explicó, 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 sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante 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 activarlo 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, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el *A quo* en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a

constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

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 del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Pensión de vejez Ley 797 del 2003

Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el art. 9º de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1º de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1º de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1º de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

i) Edad

La demandante cumplió el requisito de la edad, como quiera que arribó a la edad de los 57 años el 9 de noviembre de 2017, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1960, como da cuenta la fotocopia de su cédula, visible a folio 252 del expediente.

ii) Semanas

Revisada la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. se evidencia que la demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1.323 semanas a diciembre de 2019 de acuerdo con la historia laboral de la AFP Porvenir S.A. Por tanto, acertó el Juez primigenio al señalar que la gestora del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003.

Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990, tal y como lo indicó el fallador de primera instancia. Finalmente, debe indicarse que la pensión de la actora debe liquidarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicándole una tasa de reemplazo de acuerdo con lo establecido en el art. 34 de dicha normatividad.

Así las cosas, se confirmará la sentencia en lo que hace a este aspecto.

Costas en primera instancia a cargo de AFP Porvenir S.A.

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra AFP Porvenir S.A., tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria como lo pretende su apoderada en el recurso de apelación y menos aun cuando, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

Ahora, frente a Colpensiones, debe decirse que el fondo de pensiones codemandado no está legitimado para exigir en el recurso de apelación que aquella sea condenada al pago de costas procesales en primera instancia a favor de la demandante, ya que dicha prerrogativa es facultad de la activa, pues es la única beneficiaria de su imposición, sin que evidencie la Sala algún reproche por la promotora del litigio sobre este aspecto.

Costas en segunda instancia

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

DECISIÓN

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 27 de julio del 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a favor de la actora y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

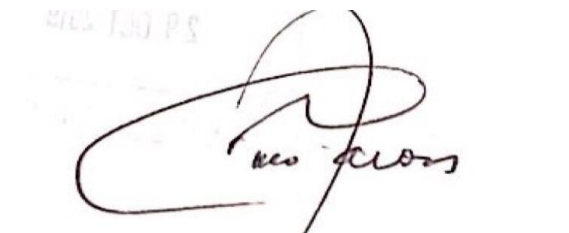
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

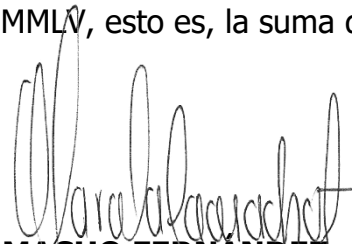


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado
(Salva voto)

-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-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a dos (2) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.817.052.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada